UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE - FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE

SUR LA

TENTATIVE DES CRIMES IMPOSSIBLES

THESE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

PAUL CALON

Avocat à la Cour d'Appel d'Aix

AIX-EN-PROVENCE
IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE ET LITHOGRAPHIQUE P. POURCEL
40, Cours Mirabeau, 40

1907

ETUDE

SUR LA

TENTATIVE DES CRIMES IMPOSSIBLES

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE - FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE

SUR LA

TENTATIVE DES CRIMES IMPOSSIBLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

ACAD. LUDOVAT. BIBL.

PAUL CALON

Avocat à la Cour d'Appel d'Aix

AIX-EN-PROVENCE
IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE ET LITHOGRAPHIQUE P. POURCEL
40, Cours Mirabeau, 40

1907

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé de cours de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, chargé de cours d'Histoire du Droit Privé (doctorat).

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, chargé de cours de Droit Administratif approfondi (doctorat) et de Législation Financière.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé, chargé de cours de Droit International public (doctorat).

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit Civil approfondi (doctorat).

BABLED, professeur d'Economie Politique, chargé de cours d'Histoire des Doctrines Economiques (doctorat).

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, chargé du cours d'Enregistrement et Notariat.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel.

RIPERT, agrégé, chargé de cours de Droit Civil.

PERROUD, agrégé, chargé des cours de Procédure Civile, et d'Histoire du Droit (licence).

RAYNAUD, agrégé, chargé des cours d'Economie Politique (licence et doctorat) et d'Histoire du Droit Public (doctorat).

JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

La Société peut-elle punir une tentative criminelle condamnée par la force des choses à un échec certain ? Tel est, sommairement énoncé, le problème du crime impossible.

Une femme veut faire disparaître l'enfant qu'elle vient de mettre au monde et le jette dans un puits. Le crime est découvert ; le Juge d'Instruction ordonne l'autopsie du cadavre : elle révèle que l'enfant était mort-né. En présence de cette circonstance, devra-t-on cesser de poursuivre ?

Une autre espèce moins tragique, mais que nous empruntons également à la Jurisprudence : Un pickpocket plonge la main dans le gousset d'un passant : la poche est vide. Le filou peu chanceux doit-il, pour cela, bénéficier d'un non-lieu ?

La difficulté se présente à nous au double point de vue de la Science et de l'article 2 du Code pénal.

Au point de vue général de la Science, elle est considérable :

Dans ces deux hypothèses, la résolution criminelle existe, mais le résultat voulu par l'agent ne peut pas être atteint : l'infanticide, le vol sont impossibles. Si nous poursuivons de tels actes, n'allons-nous pas empiéter sur le domaine de la morale en atteignant une simple intention perverse qui ne relève point de la justice humaine ? La Société a le droit de se défendre, mais elle ne peut réprimer que les actes qui apportent dans son sein un trouble sérieux ; en un mot, il faut qu'elle ait subi un dommage. Or, ne semble-t-il pas qu'en matière de tentative irréalisable, elle ne court aucun danger ? Que lui importe le geste de cette mère qui ne frappe qu'un cadavre, de ce maladroit qui cherche dans une poche vide ?

Et cependant, une telle solution ne nous satisfait pas entièrement. Non seulement notre conscience est révoltée, mais notre sécurité se sent menacée par de tels actes. Il est vrai qu'il n'y a pas dommage effectif, mais peut-on assurer qu'il n'y ait point trouble social ? La loi pénale peut-elle rester indifférente devant ces manifestations brutales d'une volonté perverse ? Sous pré-

texte que le droit est distinct de la morale, que la conscience lui échappe, devons-nous tolérer au sein du corps social de tels actes sans les réprimer ?

Ainsi donc, une sorte de dilemne se pose. D'un côté, il importe, — et cela est essentiel, — que la loi pénale ne sorte pas de son rôle ; et de l'autre, il faut que la Société se défende dès qu'elle se sent troublée.

Au point de vue plus particulier de l'article 2, la difficulté surgit également. Le Code est muet. Le législateur de 1810 a-t-il voulu faire rentrer le crime impossible dans la tentative punissable ou bien l'en écarter ? Il ne nous le dit pas expressément.

Comment résoudre ce double problème ?

Et d'abord, hâtons-nous de le dire, le terrain n'est pas vierge. Une question aussi capitale ne pouvait laisser indifférents jurisconsultes et praticiens. Dans ces trente dernières années, surtout, un nombre considérable d'ouvrages a été écrit sur la matière, en France, en Allemagne, en Italie. Il faut avouer, cependant, que de ces innombrables discussions, la lumière n'a pas toujours jailli. Peu de questions ont donné lieu à des théories aussi variées, aussi radicalement contradictoires. C'est au milieu de ce chaos d'opinions hétéroclites, de distinctions subtiles, qu'il nous faut trouver une solution générale qui nous donne la clef du problème.

Malheureusement, il y a plus qu'une bataille théorique. La pratique elle-même s'est ressentie de ces divergences et nous en retrouvons le contre-coup dans la jurisprudence. Elle a oscillé entre la répression des crimes impossibles et leur impunité ; aujourd'hui encore, bien que l'on puisse entrevoir une certaine orientation, elle n'est pas encore définitivement fixée.

Notre plan se trouve ainsi tout tracé :

Dans une première partie nous rechercherons la solution rationnelle du problème.

Ce premier résultat atteint, nous étudierons, dans une deuxième partie, l'article 2 du Code pénal ; nous essaierons d'en dégager la pensée du législateur en matière de tentative irréalisable. Un rapide examen de la Jurisprudence nous montrera l'application qui en est faite par la pratique.

Enfin, en appendice, nous jetterons un coup d'œil sur la solution adoptée par les législations étrangères, et en particulier par la législation allemande.

PREMIÈRE PARTIE

Les Solutions rationnelles

Nous n'avons pas l'intention de rechercher ici le fondement du droit de punir. Cette incursion dans les hautes sphères philosophiques pourrait nous mener fort loin et ne serait d'aucune utilité. Certes, jamais les opinions ne furent plus divisées qu'à notre époque, les systèmes se multiplient et se nuancent à l'infini, et cependant, quand on arrive sur le terrain des solutions pratiques, les grandes constructions abstraites perdent leur intérêt, les divergences s'atténuent et l'accord s'établit devant les nécessités sociales de la répression. Cette constatation, — nous le verrons au cours de tous nos développements, — n'apparait nulle part plus clairement qu'en matière de tentative irréalisable.

On admet unanimement, en dehors de tout système, que la peine n'a pas pour but, comme on le croyait aux époques primitives et grossières, la réparation d'un préjudice individuel. Notre conception moderne est autrement supérieure : la loi pénale a pour mission le maintien de l'ordre social qui peut être gravement atteint en dehors de tout dommage, de toute lésion à un intérêt particulier. Il en résulte que la répression peut et doit intervenir non seulement en matière d'infraction consommée, mais encore dès qu'il y a effort criminel, tentative troublant l'harmonie au sein de la Collectivité. C'est ainsi que l'idée de *trouble social* est devenue pour tout le monde le critérium qui justifie l'application de la peine en matière de crime consommé ou de tentative.

Mais la formule est bien vague, il importe de la préciser afin d'en dégager la notion de l'acte punissable qui nous fournira la solution rationnelle du problème. En quoi consiste le trouble social, quand se produira-t-il, à quel moment la répression devra-t-elle intervenir ? Voilà les questions qu'il nous faut résoudre.

Et d'abord, nous rencontrons deux conceptions radicalement opposées, et voici comment Toute infraction, tout acte délictueux quel qu'il soit, se compose de deux éléments : une *cause intellectuelle* et un *effet matériel*. Or,

les uns attachent une importance prédominante au résultat effectif de l'acte criminel et en font l'élément constitutif du trouble social, les autres, au contraire, ont surtout en vue la volonté perverse de l'agent qu'ils considèrent comme dangereuse pour la Société, indépendamment de tout effet matériel. On pressent les conséquences contradictoires qui doivent découler de ces deux points de vue en ce qui concerne le crime impossible. Nous les exposerons tour à tour, avec leurs multiples variantes, leurs nuances souvent bien subtiles ; nous essaierons ensuite un examen critique de ces différents systèmes, sans idée préconçue, avec l'unique pensée de découvrir la solution vraiment logique que nous recherchons.

Cette première partie de notre tâche est la plus délicate, celle qui présente les plus sérieuses difficultés.

Doctrine objective ou classique

Cette thèse a joui en ce siècle d'une faveur telle qu'elle a constitué et constitue peut-être encore ce que l'on peut appeler la théorie classique de la tentative.

Jusqu'à une époque relativement récente le concept objectif a paru le seul qui soit véritablement scientifique ; il s'est imposé aux meilleurs esprits comme une sorte de dogme juridique. Essayons de l'esquisser dans ses grandes lignes.

La loi pénale a pour unique mission de défendre la Collectivité contre les actes qui seraient de nature à compromettre son existence ou, tout au moins, à troubler l'ordre public. Elle ne peut donc poursuivre que les faits dommageables ou dangereux pour les intérêts particuliers : ceux-là seuls, en violant le droit d'autrui, en empiétant sur sa sphère juridique, amènent une perturbation au sein de la Société. Mais elle ne saurait avoir la prétention de punir la simple intention criminelle, même si elle est certaine et manifestée par des actes extérieurs. La volonté est un fait individuel qui échappe à la justice sociale, car, quelque perverse et irrévocable qu'elle soit, elle ne saurait imprimer aux actes qui la révèlent un caractère de criminalité qu'ils n'ont pas ; elle appartient en propre à l'agent et ne relève que de la morale, c'est-à-dire de sa conscience ; elle n'intéresse ni le juge ni le législateur. Le crime, au contraire, est un fait social, le trouble qu'il apporte dans la vie de la Collectivité est le même quelque soit l'agent, or, c'est à raison de ce trouble que la réparation est due, il en

résulte que la peine doit être indépendante de l'auteur du crime.

L'élément matériel est donc tout, c'est lui seul qu'il faut considérer dans une infraction ; le point de vue subjectif, la volonté criminelle, n'ont qu'un rôle accessoire : indiquer la personne qui sera frappée, qui expiera, justifier l'application de la peine à tel individu plutôt qu'à tel autre. Mais pour classer le crime, pour en mesurer l'étendue et la portée, pour déterminer sa répression, on ne tient compte que de la matérialité objective de l'acte, on ne fait aucune place à l'intention.

Pour les objectivistes, la loi pénale n'est en somme que l'auxiliaire de la loi civile, elle est destinée à assurer comme elle, mais avec plus de force et plus d'énergie, le respect des droits particuliers dont l'exercice est reconnu et protégé. Logiquement, donc, il n'y a pas de trouble social si le fait accompli n'a pas causé de trouble particulier, point d'intérêt à la répression, si quelque droit individuel n'a subi une lésion effective.

Etant donné un pareil système, voici les déductions logiques qui semblent s'imposer à l'esprit. La première est que tout acte dommageable, indépendamment de toute intention criminelle, doit être réprimé. La peine,

en effet, n'est pas autre chose que la réparation du préjudice causé. La seconde conséquence est la réciproque de la précédente : lorsqu'il n'y a aucun dommage subi, il n'y a pas lieu à réparation, donc aucune peine ne doit intervenir ; il en résulte que la tentative qui, par définition même, écarte l'idée de tout préjudice matériel, ne saurait tomber sous le coup de la loi pénale.

Ce sont là, hâtons-nous de le dire, des conséquences manifestement exagérées et ridicules que, seules, les législations dans l'enfance ont pu accepter, mais dont le grossier matérialisme répugne à nos esprits. Tout le monde admet que la tentative, en dehors d'un préjudice matériel, peut faire courir un danger à l'ordre social. Il n'y a pas de dommage effectif, aucun droit individuel n'est lésé, soit, mais il n'en est pas moins vrai que ce droit a été menacé, il y a eu contre lui une attaque, il a couru un danger qui constitue un trouble social à raison duquel réparation est due, d'où nécessité de réprimer la tentative, du moins dans certaines hypothèses. La criminalité du fait vient, nous le savons, du préjudice matériel qu'il engendre ; pour être punissable, l'acte de tentative doit donc, à défaut de dommage effectif, présenter un *péril réel* pour le droit menacé. Elle doit se composer d'éléments matériels *capables d'aboutir au résultat voulu par l'agent*, sinon il n'y a pas eu à

proprement parler danger pour qui que ce soit, l'ordre social n'a pas eté troublé.

C'est cette idée qu'exprime le criminaliste Cohn quand il définit la tentative : « Une action capable de produire le résultat voulu par l'agent et qui, *matériellement*, a le caractère d'un délit », et qu'il ajoute : « Une action qui ne possède pas la capacité abstraite de produire les conséquences nécessaires pour constituer l'essence d'un délit (Mangel in Thatbestand) ne peut être appelée tentative » (1). Et il ne fait que reproduire la pensée du grand maître de la science pénale en Allemagne, de Feuerbach, le plus illustre partisan de la théorie objective dans ce pays : « La tentative n'est punissable, dit-il dans son célèbre cours de droit pénal, que si le fait qui la constitue est *en rapport de causalité* avec le crime, et constitue, par suite, objectivement parlant, un danger, (wenn... objectiv gefæhrlichist)... et il en est ainsi parce que toute répression suppose avant tout un fait qui, dans sa matérialité, soit une violation du droit, ce qui implique forcément que le droit ait été violé réellement ou en danger de l'être » (2).

---

(1) Cohn, Zur Lehre...

(2) Feuerbach, Lehrbuch des... peinlichen Rechts § 42, (Edit. de 1836 publiée par Mittermaier, p. 47 et 48).

La tentative n'est donc punissable que si elle se compose d'éléments matériels qui soient, pour reprendre la formule scientifique des criminalistes allemands, *en rapport de cause à effet* direct avec l'exécution. Que signifie au juste cette formule qui revient à chaque instant sous la plume des partisans du concept objectif ? Nous allons l'examiner brièvement.

Pour produire un effet quelconque, qu'il s'agisse d'un acte naturel ou d'un acte humain, il faut deux facteurs de puissance bien distincts : l'un est *la cause*, l'autre *la condition*. La cause, c'est ce qui est capable, en soi et directement, d'engendrer l'effet voulu ; la condition est l'élément qui, incapable à lui seul de produire l'acte, contribue cependant à sa réalisation. Pour prendre un exemple emprunté à la savante étude de M. Gallet sur la tentative (1), considérons une plante : nous retrouvons ces deux éléments. Et d'abord sa cause, ce à quoi elle doit directement son existence, c'est la semence qui contient à l'état de virtualité le végétal ; ensuite, le second facteur, la condition de production, c'est le terrain, la pluie, le soleil, qui ont favorisé l'éclosion et le développement du germe. La

(1) H. Gallet : *La Notion de la tentative punissable*, p. 7.

différence entre les deux facteurs est considérable ; tandis que la cause, la semence, contient en puissance la plante future, la terre la pluie, et le soleil, conditions de son existence, sont en soi des faits indifférents qui, isolément ne donnent naissance à aucune plante.

Eh bien ! il en est de même pour tout acte humain qui a, lui aussi, ses causes et ses conditions d'existence, notamment pour le crime. Dans tout effet matériel réputé criminel par la loi, nous rencontrons ces deux facteurs de puissance. Du second nous ne dirons rien, il ne nous intéresse pas : le fait d'acheter une arme, de se procurer du poison, voilà des actes qui en eux-mêmes ne signifient rien et sont parfaitement indifférents. Nous devons, au contraire, nous préoccuper soigneusement de la cause, c'est-à-dire de l'acte qui contient en lui-même la puissance de produire le résultat criminel désiré par l'agent, c'est un fait qui par lui seul, constitue une menace, un danger objectif et qui, par conséquent, doit tomber sous le coup de la répression.

Nous comprenons mieux maintenant la pensée de Feuerbach et de ses successeurs, quand il nous disent que la tentative, pour être prise en considération, doit se composer d'éléments en rapport de causalité avec l'effet voulu. Ils écartent de la répression tous les actes

qui sont inaptes par eux mêmes à produire un résultat dommageable quelconque et arrivent ainsi, par une application logique de leur principe, à proclamer *l'impunité de la tentative irréalisable*. Telle est la solution classique en matière de crime impossible. Son importance est capitale et il est indispensable de l'examiner dans tous ses détails.

Je frappe un cadavre, je verse une substance inoffensive à la place de poison, ou bien encore je soustrais un objet qui m'appartient : de tels actes n'ont pu être la cause d'un danger réel, objectif, ils manquent de la condition première de la criminalité. Destinés par les lois de la nature à n'engendrer aucun dommage, impuissants à nuire, ils ne contiennent aucune atteinte au droit d'autrui, il n'y a pas danger, la tentative n'a pas d'existence juridique. L'ordre social n'a couru aucun péril, puisque, d'une part, les actes réalisés sont inaptes à produire jamais un résultat criminel et que, d'autre part, l'intention à elle seule n'existe pas aux yeux de la loi pénale qui n'a pas à pénétrer dans les consciences et pour laquelle compte seule la gravité des actes extérieurs envisagés dans leur matérialité, par conséquent leur aptitude, leur efficacité à réaliser le mal du délit. La peine a pour mission de rétablir l'ordre dans la Société, or cet ordre ne pouvant être

rompu que par un acte qui lui fasse courir quelque danger réel, la peine ne peut intervenir au cas de tentative irréalisable où tout empiètement sur un droit individuel, toute destruction de ce droit est, par la force même des choses, radicalement impossible.

Certes, on reconnaît que de pareils actes constituent une faute morale, la preuve d'une volonté perverse qui pourra même, dans certains cas, être plus heureuse dans une nouvelle tentative ; mais il n'y a toujours là que des pensées criminelles dont la manifestation extérieure ne tombe pas sous le coup de la loi pénale qui ne peut même pas intervenir devant la possibilité d'un crime futur. En un mot, ce sont des actes *révélatifs* de la culpabilité d'un individu, qui ne peuvent jamais entraîner contre lui que des mesures préventives ; la peine, en effet, n'est légitime que contre un acte qui est en lui même la violation d'un droit, ou tout au moins, la contient en puissance, c'est-à-dire vis-à-vis d'un acte *exécutif*.

En résumé, dans toutes les hypothèse de crime impossible, il manque l'élément essentiel du délit, l'élément objectif. Nous nous trouvons en présence d'actes qui sont vides de sens et ne constituent qu'un fantôme, un simulacre de tentative. Si nous voulions les punir, il faudrait chercher un autre critérium de la

répression, ne plus considérer les faits en eux-mêmes, mais poursuivre l'intention criminelle au travers des actes qui la révèlent, ce serait, comme dit Rossi : « Oublier un principe essentiel du droit pénal pour retomber dans tous les dangers qui accompagnent la punition de la pensée. » (1) Tel n'est pas le rôle de la loi pénale, son domaine est plus restreint, elle est la gardienne des intérêts collectifs et n'a pas pour mission de poursuivre la perversité individuelle.

Ainsi donc, on aboutit logiquement à l'impunité absolue de toute tentative irréalisable quelle que soit la raison de l'impossibilité d'exécution. Or, il se trouve qu'en fait aucun partisan de cette théorie n'ose aller aussi loin (2). La logique fléchit devant les nécessités pratiques. Comme nous le disions au début, les constructions juridiques purement abstraites sont choses un peu artificielles, elles s'adaptent souvent mal avec les faits ; il faut alors pour sauver le système, trouver des nuances, établir des distinctions qui lui permettent de s'emboîter avec la réalité vivante : notre matière en est un exemple frappant. Avec le concept objectif, on

(1) Rossi : *Traité du droit pénal,* T. II, p. 310.
(2) Sauf Geyer : *Del tentativo* (Rivist. pen. T. XIV, p. 369).

aboutit rigoureusement à laisser impunis les actes certainement criminels et au plus haut point dangereux pour la Société. Rossi a beau déclarer que l'auteur de tels faits est « une *espèce de fou* qui essaie une fois de faire un acte impossible » (1), et Ortolan « que ces faits sont rares, exceptionnels, peu nuisibles et peu sérieusement alarmants, qu'il n'y aurait aucun profit à embarrasser la loi pénale et la liste des délits de prévisions aussi excentriques » (2), il y a de nombreuses hypothèses où la répression s'impose avec une force invincible, devant lesquelles la loi pénale ne peut pas rester inerte. Il faut la justifier au nom des principes : c'est l'effort que les jurisconsultes de la doctrine classique ont entrepris. Placés entre leur système, d'une part, les exigences du bon sens, d'autre part, ils ont dû, pour échapper à la difficulté, avoir recours à des distinctions aussi variées que subtiles suivant la cause, la date ou la nature de l'impossibilité. Ainsi ont pris naissance un certain nombre de solutions se rattachant toutes à la théorie objective, mais avec des nuances variées quant au

(1) Rossi : *Traité, loc. cit.*

(2) Ortolan et Desjardins : *Eléments de droit pénal,* T. I, n° 1006, p. 457.

critérium entre la tentative de crime impossible punissable et celle qui ne l'est pas. C'est à leur examen qu'il nous faut procéder maintenant.

Distinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative. — C'est Carmignani (1) qui, le premier, peut-être, a esquissé cette distinction appelée à une destinée si brillante. Elle a rallié la majorité des suffrages et sa faveur a été telle qu'on peut la considérer comme la distinction classique en matière de tentative irréalisable. La voici :

En soumettant à l'analyse les diverses hypothèses où l'infraction peut être regardée comme impossible à accomplir, on remarque que l'impossibilité réélle ou apparente de commettre tel délit, peut provenir soit de l'*objet* même de l'infraction, soit des *moyens* employés, et qu'elle peut être, dans l'un et l'autre cas, tantôt radicale ou *absolue*, tantôt individuelle ou *relative*.

L'impossibilité qui tient à l'*objet* du délit est *absolue*, lorsque cet objet n'existe pas ou qu'il n'a pas la qualité qui est essentielle pour l'existence du délit. Sans aller chercher l'histoire drolatique rapportée par Orto-

(1) Carmignani : *Elementa juris criminalis*, § 231.

lan du voleur et de l'ours (1), les espèces abondent. Une femme se croit enceinte et se livre à des manœuvres abortives ; ou bien encore elle essaye d'étrangler son enfant mort-né; je soustrais frauduleusement une chose que je crois à autrui et qui m'appartient ; le premier conjoint d'un bigame d'intention est décédé à l'insu de ce dernier, etc... On pourrait ainsi multiplier les hypothèses, mais dans toutes, nous nous trouvons en présence d'un crime qu'il est absolument impossible de commettre, puisque l'avortement suppose la grossesse de la femme ; que l'infanticide est un homicide ; le vol, la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et qu'enfin la bigamie exige un mariage existant.

L'impossibilité qui tient à l'*objet* du délit est *relative* si cet objet existe réellement, mais ne se trouve pas où l'agent croyait le rencontrer. Et par exemple, un individu tire dans la chambre où se tient habituellement sa victime ; par un heureux hasard cette personne en est fortuitement absente. Des voleurs fracturent un tronc

---

(1) Ortolan, (*Eléments de Droit Pénal*, t. I, n° 1002, p. 425), reproduit cette espèce bizarre, — dont il ne garantit d'ailleurs pas l'authenticité ! — d'après le journal des *Débats*, du 26 janvier 1856.

d'église ou un coffre-fort d'où l'argent a été retiré quelques instants auparavant.

L'impossibilité peut résulter aussi des *moyens* employés par l'agent et être *absolue* ou *relative* :

Absolue, si les moyens sont radicalement inefficaces et impuissants à produire le résultat. Ainsi, dans le dessein de commettre un assassinat, l'agent avait chargé son fusil ; il presse sur la détente, mais le coup ne part pas : à son insu on avait déchargé l'arme ; ou bien la distance était excessive, hors de la portée normale de l'arme. Une femme veut empoisonner son mari: le pharmacien ne lui délivre qu'un sel inoffensif.

Relative, si les moyens, efficaces en eux-mêmes et ayant la puissance de produire le résultat cherché, ont été impuissants par suite de leur mauvaise utilisation ou de circonstances absolument fortuites. Le meurtrier a tiré avec une arme chargée, à distance convenable, mais la balle a dévié, un obstacle imprévu l'a arrêtée au passage ; ou bien il a mal visé, la victime s'est jetée de côté ; le cambrioleur n'a pas su se servir de sa pince, le coffre-fort a résisté, il n'a pu l'ouvrir.

On devine tout de suite le but de la distinction : dans le cas d'impossibilité absolue tenant à l'objet ou aux moyens employés, il n'y a pas tentative punissable, mais simple manifestation d'une volonté criminelle.

Dans le cas d'impossibilité relative, au contraire, il y délit manqué punissable.

Telle est la distinction que la plupart des criminalistes regardent comme fondamentale (1). Peut-on la justifier rationnellement ? Ses nombreux partisans l'ont essayé.

Et d'abord, au cas d'impossibilité absolue, l'impunité

---

(1) *En Allemagne :* Feuerbach, *op. cit.* — Rosshirt, *Lehrbuch der Criminalrechts*, § 43. — Heffet, *Neues Archiv des Criminal Rechts*, t. XII, p. 279. — Binding, *Die Normen, t. II, p. 411 et s.* — Meyer, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechts*, § 42, p. 216. — Berner, *Lehrbuch...* § 76, 164.

En Italie : Carmignani, *op. cit.* — Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, § 476 et s. s. — Pessina, *Elem. di dir, pén.*, liv. II, ch. V, § 8 — Paoli, *Nozioni element. de dir. pen.*, p. 63. — Giulliani, *Instituzioni di dir. pen.*, t. I, ch. IV. — Tuozzi Pasquale, *Corso di dir. pen.*, t. I, 186, nº 3. — Nicolini, *Questioni di dir*, (Trad. française de Lacointa : De la Tentative, Rev. Critiq. 1861). — Carrara, *Program. génér.* — Alimena, *Ricerche, Rivist. pen. 1895*, p. 544 et s. qui l'accepte en la critiquant cependant. — La jurisprudence l'a consacrée : Vᵉ les arrêts cités par Gallet, *op. cit.*, p. 240, note 9.

En Belgique : Haus, *Principes*, I, nᵒˢ 459 et s. — Nypels, *le Code pen. interprété*, t. I, p. 88 et s

En France : Ortolan, nᵒˢ 1002 et s. nº 1027. — Elle a, nous le verrons, rencontré une forte opposition dans la doctrine. La Cour de Cass. l'a consacrée en 1876 et 1877.

s'impose. On ne saurait parler de danger pour qui que ce soit, jamais de pareils actes ne pourront produire un dommage quelconque. L'objet ou les moyens font défaut, ma victime est déjà morte, mon arme est déchargée, je puis frapper un cadavre, appuyer sur la détente autant de fois que vous l'imaginerez, ni moi ni personne ne ferons jamais sortir aucun mal de tels actes, quelles que soient les circonstances de notre action. L'impossibilité ne dépend pas ici d'un évènement accidentel, fortuit, mais d'une circonstance intrinsèque de l'action accomplie, tenant à sa nature, à son essence même. Devant ces vaines manifestations, la Société est parfaitement rassurée, elles ne la menacent pas davantage que les sortilèges de ce pauvre paysan bavarois qui implorait du ciel la mort de son ennemi. La repression ne peut donc pas intervenir.

Toute autre est la situation au cas d'impossibilité relative. Ma victime est vivante, mon arme est chargée ; il y a un danger réél, car tous les éléments d'où le crime peut sortir se trouvent réunis : matériellement la vie de la victime est menacée. Le succès de la tentative est assuré, tous les actes accomplis sont susceptibles d'aboutir : si elle échoue, la cause en est un pur accident, ne tient qu'à une circonstance toute fortuite. Ainsi la balle a dévié, la charge est un peu faible ;

quelques instants avant la venue des cambrioleurs le caissier a retiré les valeurs qui se trouvaient dans son coffre-fort, ou bien la porte en était très résistante et la pince-monseigneur s'est brisée sous l'effort. A quoi tient ici l'échec de la tentative ? Mais à un simple hasard. Tout était combiné pour aboutir, l'agent avait prévu jusqu'aux moindres détails qui devaient assurer la réussite de son entreprise criminelle : allons-nous le faire bénéficier d'un événement imprévu, en dehors de sa volonté et qui, très probablement, ne se reproduira plus ? Il y a eu danger imminent pour la victime ; ce n'est plus, comme tout à l'heure, un simulacre d'exécution, mais une menace réélle qu'il serait absurde et immoral de laisser impunie.

Pratiquement nous voilà rassurés, du moins dans une très large mesure. Mais sur le terrain de la logique, cette solution nous parait inacceptable. Elle a rencontré peu de partisans dans notre pays où les auteurs n'ont cessé de la combattre, et mieux qu'aucune autre, l'école française a démontré combien une telle distinction était fausse et artificielle.

Critique de la Distinction. — Et en effet, n'est-il pas tout-à-fait irrationnel de distinguer deux sortes d'impossibilité ? L'impossibilité ne comporte pas de degrés: elle existe ou n'existe pas et l'on ne peut pas dire que

la réalisation d'un but chimérique soit plus ou moins impossible. Absolue ou relative, elle affecte l'exécution de la même façon et la condamne dans les deux cas à la même impuissance radicale. Que ma balle aille frapper un cadavre ou se loger à la place même qu'occupait ma victime quelques secondes auparavant, dans les deux cas l'impossibilité d'atteindre mon but criminel est la même, ma tentative est condamnée dans les deux hypothèses au même insuccès.

Ce qui varie, ce n'est donc pas l'impossibilité elle-même, mais sa cause génératrice qui affecte tantôt l'objet et tantôt les moyens ; qui nait, soit avec la résolution criminelle, soit pendant l'exécution des actes de tentative. Mais peu importe la cause de l'impossibilité dont la nature est toujours la même, quelle qu'en soit l'origine.

Ces idées sont trop claires, elles s'imposent avec trop d'évidence pour que nous ayons besoin d'insister davantage. Il serait d'ailleurs superflu de développer une démonstration qui a été faite maintes fois avec toute la force et la précision désirables. La conclusion est qu'il faut rejeter toute distinction basée sur la nature de l'impossibilité et déclarer que toute tentative de crime irréalisable échappe à la répression : c'est l'application logique du concept objectif.

Est-ce la solution de l'Ecole Française ? En apparence, peut-être, mais au fond des choses, tous nos auteurs repoussent unanimement des conséquences aussi rigoureuses de leur système.

Système de la Doctrine française (1). — Elle pose en principe que la tentative irréalisable, sans aucune distinction, échappe à la loi pénale. Qu'on se rassure, car elle restreint bien vite le champ laissé à l'impunité. Il faut distinguer soigneusement, dit-elle, le délit impossible du délit simplement *manqué* qui tombe sous le coup de la répression. Il y a délit impossible quand l'objet n'existe pas matériellement ou juridiquement, ou lorsque les moyens sont en eux-mêmes radicalement inéfficaces. Je frappe un cadavre, je vise avec une arme déchargée, voilà des faits qui témoignent d'une résolution criminelle certaine, mais échappent à la répres-

---

(1) Blanche, Etudes, t. I, n° 8. — Bertauld, p. 202-206. — Le Sellyer, t. I, numéros 22 et s. — Lainé, p. 132, 3. — Article de M. Villey : Du dél. impossible (*France judiciaire*, 1877-8, p. 185-92) et note au Sirey 77-1-329. — Lacointa, (*Rev. crit.*, 1863, p. 473-76). — Garraud, t. I, p. 303, n° 250. — J. Lefort, *Cours de Dr. crim.*, p. 90 et note dans Dalloz, 1878-1-33 ; Voir aussi dans *Rev. génér. du dr.*, (t. II, 1878, p. 8), *De la tent. des cr. impos.* — Champcommunal, (*Rev. critiq.*, 1895, p. 57, 94 et suivantes).

sion parce qu'ils sont condamnés par la force des choses et dès le principe, à un échec absolu. Il est bien certain que l'inexistence de l'objet ou l'inefficacité des moyens sont le produit d'une circonstance accidentelle, d'un cas fortuit indépendant de la volonté de l'agent, mais il est bien évident aussi que ce sont là des circonstances étrangères, extérieures au rapport que nous envisageons. La question qu'il faut se poser est la suivante : avec les éléments donnés, le résultat criminel pouvait-il être atteint ? Est-ce à la suite d'un cas fortuit que mon arme chargée à blanc n'a pu donner la mort, que mes coups sont restés sans effet sur ce cadavre ? Evidemment non : Etant données les circonstances, l'acte entrepris était fatalement condamné à ne pas aboutir.

Et nos auteurs continuent : le même raisonnement s'applique à tout les cas d'impossibilité, — dite à tort, — relative quant à l'objet. Il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où la victime est déjà morte et celui où elle ne se trouve plus dans la pièce dans laquelle l'assassin croyait l'atteindre. Dans ces deux hypothèses l'acte perpétré était en lui-même absolument inoffensif. Il y a la même impossibilité à tuer une personne absente qu'un cadavre. Que l'on ne vienne pas nous dire : la victime se tenait habituellement dans cette pièce, elle

ne la quittait jamais, c'est par l'effet d'un pur hasard qu'elle ne s'y trouvait pas au moment où l'assassin a tiré son coup de feu ; nous ferons la même réponse que tout à l'heure : ces considérations sont en dehors de la question, il faut prendre les faits comme ils sont et déclarer une telle tentative radicalement impossible.

Mais voilà les seules hypothèses de crime irréalisable. C'est une erreur capitale de créer une impossibilité relative quant aux moyens. Lorsque l'échec de l'agent ne provient que sa maladresse ou de son inexpérience, il est absolument faux de parler de crime impossible, car il n'y a que délit manqué. Un cambrioleur s'introduit dans votre bureau armé de rossignols et de fausses-clefs ; il a sur lui tout le matériel, — aujourd'hui si perfectionné, — pour forcer votre coffre-fort. Mais il est encore novice ou bien il est ému : il ne peut arriver à forcer la serrure. Allez-vous dire qu'il y a tentative irréalisable ? Peut-on assimiler l'hypothèse de l'assassin dont la balle a sifflé à mes oreilles à celle de l'individu qui tire sur un cadavre ? Il y a là, le bon sens l'indique suffisamment, deux choses absolument distinctes, d'un côté, le résultat voulu par l'agent est très possible et le danger couru très réel, c'est par l'effet du hasard que la tentative a échoué ; de l'autre, il n'y a aucun péril pour personne, nous sommes en présence d'actes absolument inoffensifs.

En résumé, voici le critérium de l'école française : « Sans s'attacher à la distinction entre deux impossibilités, il faut poser comme règle qu'il y a délit impossible toutes les fois que l'impossibilité de commettre le crime tient à l'objet ou que, tenant aux moyens employés par l'agent, elle est telle qu'aucun individu, avec les mêmes moyens et dans les mêmes conditions, n'aurait pu commettre le délit ».

Quelle est la valeur logique de ce nouveau-système ? Nous allons l'examiner.

Critique de la Doctrine française. — Sans nous occuper des difficultés considérables que soulèverait dans la pratique la question de savoir si un autre agent dans les mêmes circonstances, pourrait atteindre le résultat cherché, nous déclarons que ce critérium ne signifie rien ou bien est en contradiction flagrante avec le raisonnement de la doctrine elle-même.

En effet, de deux choses l'une : ou vous supposez l'action répétée dans des conditions identiques et le résultat sera invariablement le même ; ou bien, vous modifiez les circonstances : un autre cambrioleur, par exemple, sera plus habile, aura plus de force et réussira dans son entreprise. — Mais vous changez alors les données du rapport, vous y introduisez un élément étranger, vous pratiquez ce que vous reprochiez tout à

l'heure au système précédent. Et du même coup, votre distinction s'écroule par la base, car le même raisonnement s'applique tout aussi bien aux cas d'impossibilité tenant à l'objet. Supposez un autre agent, il sera plus instruit ou plus avisé, et, à la place d'eau sucrée, il présentera à sa victime un poison véritable ; il sera plus prompt et, au lieu de se trouver en face d'un cadavre, c'est un homme vivant qu'il va frapper. En un mot, vous supprimez, malgré vous, toute impossibilité absolue, vous ouvrez le champ tout grand à la répression.

Contradiction avec vous-même, disons nous, car votre raisonnement conduit également à proclamer que toute impossibilité est absolue Nous le connaissons : il n'y a pas à envisager, dites-vous, si c'est par cas fortuit que la victime est déjà morte, ou par l'effet du hasard qu'elle avait quitté la pièce où elle se tenait habituellement. C'est en dehors de la question. Il ne faut envisager que le rapport qui existe entre l'objet et les moyens : or, il est évident qu'il est impossible de commettre un assassinat en tirant sur un cadavre ou dans une pièce vide. — C'est exact, mais le raisonnement s'applique à toutes les hypothèses où vous ne voulez voir qu'un délit manqué. Notre cambrioleur est maladroit ou il a peur : c'est une circonstance fortuite, nous sommes d'accord, mais étant donnés les faits, le

résultat ne pouvait être atteint et cela d'une facon tout aussi absolue qu'il est impossible de tuer un cadavre ou d'empoisonner avec de l'eau sucrée. Il n'y a donc pas à distinguer, toute impossibilité est absolue et doit échapper à la répression. Le cambrioleur va bénéficier de sa maladresse, le meurtrier ne sera pas poursuivi parce qu'il est mauvais tireur ou que son arme n'est pas juste.

Et nous voyons du même coup combien est artificielle la distinction entre le crime impossible et le délit manqué. Les hypothèses où le délit manqué n'est pas un crime irréalisable sont exceptionnelles. Il faut supposer, par exemple, que la victime ait été mortellement blessée et qu'un médecin survienne qui arrête l'hémorragie. C'est, avouons-le, bien rare, et l'insuccès vient le plus souvent d'une incapacité ou d'une maladresse de l'agent, plutôt que de la survenance d'une circonstance fortuite postérieure à l'exécution. Allons au fond des choses : vous séparez radicalement le cas où la victime a passé dans la pièce voisine de celui dans lequel l'assassin n'a fait que manquer sa victime parce qu'il a mal visé. Crime impossible dans le premier cas, dites-vous, qui doit rester impuni, délit tenté dans le deuxième cas, donc punissable. Nous connaissons la valeur de la distinction : les deux hypothèses sont identiques. Dans

les deux cas, en effet, l'insuccès provient de la même impossibilité initiale tenant au défaut de relation entre l'objet et les moyens. Mathématiquement, il est tout aussi impossible de tuer un homme en dirigeant son arme à quelques centimètres à droite où à gauche de son front qu'en visant dans une pièce d'où il vient de sortir ; logiquement le danger est le même. L'objet existe, les moyens sont suffisants, mais dans les deux cas il y a le même défaut de relation entre ces deux éléments, et l'effet criminel est condamné fatalement, dès le début, au même insuccès. Or, il en est ainsi dans presque tous les cas de délit manqué, neuf fois sur dix, le crime tenté est un crime impossible. Et alors vous allez restreindre la répression à ces rares hypothèses où le délit manqué reste distinct du crime impossible ? Autant renoncer à le poursuivre. — Le système de l'Ecole française est donc inadmissible.

Système de Mittermaier. — Convaincu, d'une part, que la répression s'impose dans presque tous les cas de tentative irréalisable, et, d'autre part, fermement attaché au concept objectif (1), Mittermaier a tenté de

(1) C'est à tort que certains auteurs ont regardé Mittermaier comme un partisan de la doctrine subjective. V. BAUMGARTEN : *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, p. 236 et s. — SALEILLES :

prouver que dans la plupart des hypothèses de crime impossible se rencontrait l'existence d'un danger matériel qui permettait de les incriminer.

Remarquons le tout de suite, car c'est là le point essentiel et original de sa doctrine, Mittermaier ne se place pas au moment de l'exécution pour apprécier le rapport de causalité. Il reconnait qu'alors il ne subsiste plus aucun danger : mathématiquement l'impossibilité est aussi radicale dans tous les cas ; si l'arme est mal pointée, il est matériellement impossible que le but soit atteint. Pour apercevoir un danger quelconque, il faut se placer *au moment de la préparation du crime* telle que l'agent l'a eue en vue Si à ce moment l'objet existait, les moyens étaient efficaces, le danger social apparait. Peu importe alors qu'à l'instant où commence l'exécution, elle se présente, par suite d'une erreur ou d'un accident, sous un rapport qui la rende impossible. Et, par exemple, l'agent a préparé un véritable poison, peu importe qu'il se trompe ensuite et verse une substance inoffensive. C'est une erreur accidentelle, mais il

---

Essai sur la tentative... (Rev. pénit., 1897, p. 64 et s.). — MITTERMAIER : *Ueber den neuesten Zustand der criminalrechtswissenschaft in Deutschland.* (Dans *Neues Archiv. des Criminalrechts*, t. IV, p. 104 et s.).

n'en est pas moins vrai qu'à un certain moment il y a eu un rapport de causalité bien réel, donc l'existence d'un danger social.

Partant de ce point de vue, Mittermaier nous montre qu'il en est ainsi dans presque toutes les hypothèses de crime impossible. L'assassin tire dans une pièce au moment où la victime vient de passer dans la chambre voisine ; le pickpocket se trompe de poche ; à l'instant où l'exécution commence il y a impossibilité de réussir, mais avant, n'y a-t-il pas eu danger réel ? A quoi tient l'insuccès dans ces deux espèces ? A un hasard souvent fort minime, à des circonstances toutes fortuites dont il serait absurde de faire dépendre la répression. Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'objet accidentellement absent ou de moyens inefficaces, il y a impossibilité purement accidentelle et la tentative, bien qu'irréalisable en soi, demeure punissable parce qu'il y a eu danger réel.

Une nouvelle distinction apparait donc : d'un côté, les cas où, étant donnés les éléments que l'agent a eus en vue, il est impossible qu'aucun danger se manifeste jamais ; de l'autre, les cas où les éléments qui doivent constituer l'exécution du crime sont de nature à le faire aboutir et, par suite, à réaliser un danger objectif par le seul fait que l'agent passera de la préparation à l'acte,

sauf déviation accidentelle ou erreur dans l'emploi des moyens.

Et ainsi, tout en gardant comme point de départ le principe objectif, Mittermaier arrive à faire rentrer dans la tentative punissable trois séries d'hypothèses de crime impossible.

La première, qui sert de point de départ à toutes les autres, est celle où l'impossibilité découle d'une mauvaise utilisation des moyens. La victime existe là où on la vise, l'arme est suffisamment chargée, mais elle est mal dirigée. Il n'y a plus entre l'objet et les moyens un rapport tel que le délit soit possible. Quoique son action soit fatalement vaine et d'une impuissance radicale, l'agent n'en est pas moins punissable. Personne ne songe à le faire bénéficier d'une maladresse : il aurait pu viser juste, le danger matériel existe, car au moment où va commencer l'exécution, rien ne nous dit qu'elle n'aboutira pas. La maladresse du tireur est une circonstance fortuite, indépendante de sa volonté dont il ne faut pas tenir compte.

Ce premier pas accompli, les autres suivent logiquement. Une première extension s'impose à tous les cas où l'objet sur lequel on agit, indépendamment des circonstances mêmes de l'exécution, se trouve dans un rapport qui l'empêche de réussir, sans que ce rapport

doive rester forcément insuffisant dans d'autres hypothèses analogues. La situation est la même. Au moment où l'assassin visait, la victime était dans la chambre ; sa vie est en danger, une seconde de plus et elle est frappée par la balle. Mais voilà qu'à l'instant même où l'assassin presse la détente, la victime est appelée dans la pièce voisine : c'est par l'effet d'un merveilleux hasard qu'elle a échappé à la mort. Toute inexécution par suite d'impossibilité relative, quelle qu'en soit la cause, objet ou moyen, tombe donc sous le coup de la répression.

Enfin, à s'en tenir toujours à l'idée d'un danger possible, ne peut-on aller plus loin et atteindre certains cas où l'impossibilité est dite absolue ? Je suppose, par exemple, que cette femme qui veut empoisonner son mari ait préparé dans un flacon une solution de sublimé corrosif ; au moment de le verser dans les aliments, elle se trouble et prend une bouteille contenant un liquide inoffensif. Le crime est absolument impossible, soit, mais le danger n'en apparait pas moins. L'objet existe, les moyens sont efficaces, le péril existe au moment où va commencer l'exécution ; peu importe qu'alors, par suite d'une erreur, l'exécution se présente sous un rapport qui la rende absolument impossible. L'agent avait préparé un véritable poison, s'il ne le

verse pas, c'est par suite d'un accident comme la déviation de l'arme.

Et il en est de même dans l'hypothèse où l'arme aurait été déchargée à l'insu de l'agent, car au moment où il était disposé pour accomplir l'assassinat, il y a eu péril réel pour la victime, elle n'a dû son salut qu'à un pur hasard.

En résumé, ce système ne laisse en dehors de la répression que le cas où l'objet même du crime fait défaut et celui où les moyens sont radicalement inefficaces (et non pas simplement insuffisants, Mittermaier insiste sur la distinction). Dans ces deux cas seulement, les éléments du délit, tels qu'ils existent dans l'esprit de l'agent, sont incapables de constituer la matérialité objective du fait visé, on ne saurait à aucun moment parler de danger effectif, donc de répression.

Ainsi donc, Mittermaier va plus loin que la distinction — qu'on lui attribue généralement à tort, — entre les deux impossibilités. Sans quitter le point de vue objectif de la doctrine classique, il est arrivé à atteindre presque toutes les hypothèses de crime impossible. Pratiquement sa solution pourrait être acceptable, mais quelle est sa valeur rationnelle ?

Critique de la théorie de Mittermaier. — En tant qu'il assimile les trois situations que nous venons

d'envisager, le raisonnement de Mittermaier est inattaquable ; on ne peut nier que toutes ces hypothèses sont identiques et doivent, par suite, être soumises à une même règle.

Mais où la théorie du grand criminaliste se trouve en défaut, c'est lorsqu'il essaye de nous prouver la possibilité de la répression dans ces trois séries d'hypothèse, à l'aide du critérium objectif. Il reconnait, comme nous l'avons fait, qu'on ne saurait parler de danger matériel au moment de l'exécution : le rapport entre l'objet et les moyens est tel que, dans tous les cas, le résultat criminel est mathématiquement impossible. Pour trouver un danger objectif, Mittermaier est donc obligé d'aller le chercher avant l'exécution, dans la préparation même, alors que le rapport n'était pas encore formé et qu'il y avait encore chance de réussite.

Mais n'est-ce pas se placer en dehors du domaine de la tentative qui ne commence qu'avec l'exécution ? Au point de vue pénal, toute la période de la préparation est sans valeur ; que le résultat soit à ce moment possible ou non, la loi reste indifférente, la répression ne saurait intervenir. La tentative punissable ne commence qu'avec le premier acte d'exécution, c'est donc à ce moment seulement qu'il faut se placer pour envisager la possibilité du résultat. Or, nous le savons, dès ce

premier acte d'exécution, le rapport qui s'est formé est tel que le résultat est désormais radicalement impossible ; à partir de ce moment précis tout danger a disparu et, par suite, il n'y a plus place pour aucune peine. Et puisqu'il n'y a pas à distinguer entre les impossibilités, qu'une fois née toute impossibilité est absolue, il faudra laisser impunie toutes les tentatives de crime impossible et faire bénéficier l'agent d'une erreur, d'un hasard ou d'une maladresse.

Ainsi donc, la solution de Mittermaier est inacceptable, parce qu'il est obligé de se placer, pour apprécier la possibilité du résultat, sur un terrain étranger à la tentative et il faut toujours aboutir à des conséquences évidemment absurdes que tout le monde repousse et qui suffisent à ruiner la doctrine classique.

Système de Liszt (1). — Et pourtant, c'est toujours en s'appuyant sur l'idée d'un danger objectif que cet autre Allemand a cru résoudre le problème, tout en ouvrant à la répression un champ illimité.

---

(1) Liszt : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Edit. 1894, § 47, p. 208 et s.) ; et dans *Zeitschrift fur die gesammte Strafrecht swissenschaft*, p. 93 et s.

Il reproche d'abord à toutes les théories précédentes de vouloir classer a priori les différentes hypothèses et de restreindre ainsi les pouvoirs du juge. La loi ne peut déterminer à priori dans quels cas il y a danger et dans quels autres nous n'avons rien à craindre. L'idée de danger échappe à toutes les prévisions du législateur, c'est une notion contingente, il est donc vain et artificiel de vouloir, par avance, limiter les cas où il apparait.

C'est donc au juge de rechercher dans chaque espèce déterminée s'il y a péril réel ou non. Pour cette appréciation, il ne devra pas s'en tenir à la conception un peu étroite de la doctrine classique pure, telle que nous l'avons étudiée, et qui n'envisage que le danger concret contenu dans l'acte même d'exécution. Non, tout en conservant le critérium d'un danger objectif et individuel, il pourra aller beaucoup plus loin. Ce danger, Mittermaier avait déjà compris qu'il pouvait exister en dehors de toute exécution efficace, mais il s'était arrêté aux actes de préparation. Pourquoi ne pas aller jusqu'aux bout et ne pas déclarer qu'il subsiste un danger pour la victime, même si les moyens que l'agent avait en vue sont impuissants ? Et, en effet, bien qu'inefficaces en eux mêmes, ces moyens révèlent pour la victime un danger qui la menace dans l'avenir. Voilà

un domestique qui veut empoisonner son maître ; il est inexpérimenté et prépare une substance qu'il croit toxique mais qui, en réalité, est inoffensive. Il n'y a pas danger actuel, soit, mais il existe pour l'avenir une menace très grave : cet individu s'informera mieux et administrera à son maître un poison véritable. La répression peut donc intervenir même au cas d'inefficacité des moyens, car là encore l'insuccès n'a tenu qu'à un hasard, à une erreur de l'agent, et le danger subsiste pour l'avenir.

Telle est, d'après Listz, la conception que le juge devra se faire du danger. Cependant, — et c'est le point essentiel de sa théorie,— il faut se garder d'une appréciation à priori. Il est telle hypothèse où le danger n'existe plus pour l'avenir et, par conséquent, dans laquelle la peine manque de base. Il suffit donc de dégager la notion générale de ce danger objectif et de laisser au juge le soin de le rechercher dans chaque espèce déterminée.

Voilà un système au premier abord fort séduisant. Pas de distinctions doctrinales a priori, mais un critérium si souple qu'il permet d'atteindre presque tous les crimes impossibles et arrive finalement à peu près aux mêmes résultats pratiques que la doctrine subjective sans tomber dans les mêmes abus. Il y a, en effet, des

cas, semble-t-il, où l'impossibilité est de telle nature que la répression ne peut raisonnablement intervenir : l'objet du crime n'existe pas, il n'y a jamais eu danger, il ne subsiste même pas une menace pour l'avenir ; il répugne au sentiment même de la justice de frapper l'individu qui dérobe sa propre chose, le faux bigame dont le mariage antérieur est nul. Liszt, avec son critérium plus élastique et moins intransigeant, évitera toutes ces exagérations.

Critique.— Et cependant, malgré tous ces avantages apparents, nous ne saurions souscrire à un tel système. Sans nous arrêter, pour le moment, à discuter si sous-souvent la répression n'apparait pas juste et nécessaire dans les cas d'inexistence absolue de l'objet, ne voyons-nous pas immédiatement le vice capital de cette théorie? C'est son empirisme. A force de vouloir être souple, de se plier à toutes les contingences de la pratique, le critérium de Liszt finit par disparaître. Tout est remis à la souveraine appréciation du juge : mais n'est-ce pas tomber dans l'arbitraire le plus absolu, semblable à celui qui régnait dans notre Ancien Droit ? Un tel système est éminemment dangereux. Certes, la plupart du temps le juge sera un homme sensé et éclairé, mais il lui manquera un principe directeur dans son examen des faits. Vous ne voulez plus de textes, plus de règles

fixes : le juge, dites-vous, s'en tiendra pour incriminer la tentative à l'idée d'un danger possible. — Mais cette idée, vous le reconnaissez vous-mêmes, est susceptible d'appréciations les plus diverses. Les uns verront le danger dans l'exécution, les autres, dans la préparation ; celui-ci aura en vue le danger présent, celui-la le danger futur. C'est soumettre la répression à l'humeur, au tempérament, à la mentalité d'un homme. Or, cela est inadmissible, contraire aux principes mêmes qui régissent notre droit pénal depuis la Révolution.

En somme, comme tous les systèmes que nous avons successivement passés en revue, celui de Liszt est impuissant à justifier la théorie objective ; comme eux, il est en contradiction avec le principe même sur lequel il prétend s'appuyer et aboutit à des résultats pratiques inacceptables. La conclusion est facile à tirer : ce ne sont pas seulement ses conséquences qui sont erronées, c'est le principe lui-même qui est faux. Il nous sera maintenant facile de l'établir en faisant une critique générale de la théorie objective.

Critique générale de la doctrine objective.

L'impunité de la tentative irréalisable, sans aucunes espèces de distinctions, voilà où aboutit logiquement le

concept objectif. Pouvons-nous accepter cette conséquence ? Non, en dehors de tout raisonnement, de tout système, notre conscience se révolte, nous trouvons un pareil résultat souverainement *injuste* et éminemment *dangereux*.

Injuste, parce qu'il fait bénéficier un misérable d'un pur hasard, d'une maladresse ou d'une erreur. Il n'y a pas de dommage matériel, mathématiquement la victime n'a couru aucun danger, c'est vrai ; cependant la Société pourra-t-elle rester indifférente devant cet acte qui, en lui-même, est radicalement inéfficace ? Il ne pouvait y avoir assassinat ou vol, la force des choses s'y opposait ; qu'importe ! L'opinion publique n'en sera pas moins émue, elle n'en regardera pas moins l'agent comme un assassin ou un voleur. Faudra-t-il vivre à ses côtés, le laisser jouir de tous ses droits comme un honnête citoyen ? La conscience populaire ne va-t-elle pas se soulever devant un pareil résultat ?

Et la Société ne se sent pas seulement troublée dans le présent mais encore menacée dans l'avenir. Fort de son impunité, l'agent va recommencer, mais cette fois, instruit par l'expérience, il prendra toutes ses précautions et atteindra sûrement son but. C'est alors que vous agirez, mais il sera trop tard, le mal accompli sera irréparable.

Voilà ce que nous dit le bon sens, voilà, démontrée par l'absurde, la fausseté de la théorie objective. Et si maintenant nous l'étudions en elle-même, nous cherchons son fondement rationnel, sans nous occuper des conséquences que peut entraîner le principe, nous voyons combien il est illogique.

Le premier, Von Buri (1) a eu l'honneur de faire, — et d'une façon magistrale, — cette démonstration.

Il prend la théorie objective dans sa formule scientifique. Il faut, disait-on, pour que la répression puisse intervenir, qu'il existe entre les actes de tentative et l'exécution complète de l'infraction *un rapport de cause à effet*. C'est cette idée de causalité que Von Buri analyse très finement et très exactement. Voyons avec lui ce que contient au juste cette formule sous son aspect de rigueur mathématique.

Et tout d'abord, si nous nous plaçons au point de vue de l'intention, il y a toute une série d'actes qui se présentent à l'esprit de l'agent comme devant être la cause

---

(1) *Vr : Die Lehre vom Versuche (Gerichts-saal*, 1867, p. 60 et s.) ; *Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten* (Idem 1868, p. 325 et s.) ; *Versuch und Causalitat* (Id. 1880 ; p. 321 et s.) ; SALEILLES, *op. cit.* p. 71 et s

du crime projeté : l'achat de l'arme et du poison, par exemple. En dehors de toute possibilité d'exécution et à un point de vue purement intellectuel, de pareils actes sont dans un rapport de causalité avec le résultat voulu. Mais, nous le savons, tel n'est pas le sens que l'on donne à la formule : il s'agit d'un rapport de causalité en quelque sorte matériel et objectif. Il faut dire alors avec Von Buri, que, logiquement, la tentative, quelle qu'elle fût, échappe à toute répression, et pour cette raison bien simple qu'en soi, objectivement, un acte ne peut être considéré comme une cause avant que l'effet ne se soit produit. Jusqu'à ce moment, comment parler de rapport de causalité, de danger nécessaire et forcé ? Comment savoir si ces actes contiennent en puissance le résultat voulu, avant que la réalisation de l'infraction ne vienne démontrer l'efficacité des moyens. C'est donc seulement dans une infraction pleinement consommée que nous apercevons ce rapport.

Le meurtrier a tiré et il a tué sa victime : pas de doute, le résultat nous éclaire pleinement, c'est un meurtre que l'agent voulait commettre et le coup de feu apparait comme la cause réelle et efficiente du crime. Mais si la victime n'a pas été touchée, comment déterminer à l'aide de ce seul fait le résultat que

l'agent voulait atteindre ? Si vous faites abstraction de la volonté de l'agent, si vous ne considérez l'acte de tentative qu'en lui-même, dans sa matérialité objective, vous ne pouvez pas dire qu'il contient en puissance tel résultat déterminé, puisque, par définition même, il n'y a pas d'effet pour vous renseigner. Le coup de fusil à lui seul ne signifie rien : est-ce un meurtre, des coups et blessures qui devaient en sortir, ou bien l'agent voulait-il seulement effrayer sa victime ? Comment parler de danger réel ? Il a peut être existé, — ce que personne ne peut affirmer, — avant l'exécution, mais à partir de ce moment il a totalement disparu. Ainsi donc, pour que le juge puisse décider si un acte de tentative est en rapport de causalité avec tel crime déterminé, il lui manque la seule circonstance péremptoire : la consommation de l'infraction. C'est seulement en présence d'un résultat effectif qu'il aura la preuve que cet acte était objectivement dangereux ; mais jusqu'à ce moment, les faits envisagés en eux-mêmes ne lui disent rien, jamais il ne pourra y puiser la certitude qu'ils contenaient en puissance tel effet dommageable déterminé et que ce résultat criminel était possible.

Seule l'intention de l'agent peut nous renseigner, c'est à l'élément subjectif qu'il faut faire appel. Le fait

tout seul n'a aucune signification, ne présente aucun danger ; ce n'est donc pas lui que vous pouvez atteindre, mais la volonté criminelle dont il n'est que la manifestation.

On nous objectera, peut-être, qu'une fois la nature du crime connue, le but de l'agent révélé, il sera facile de découvrir le rapport de causalité et d'apprécier l'efficacité des moyens. La volonté n'aurait ainsi qu'un rôle tout-à-fait secondaire. C'est une erreur.

En premier lieu, la doctrine classique se trompe étrangement quand elle semble croire que l'efficacité des moyens est susceptible d'une détermination absolue. Un acte, en lui-même, n'a pas de puissance fixe et déterminée ; tout dépend des inombrables circonstances dans lesquelles s'effectuera l'exécution. Souvent un acte qui parait insignifiant engendre les conséquences les plus graves, tandis que tel autre, qui semblait très dangereux, n'aboutit à aucun résultat effectif. Un coup de poing peut-être mortel pour un individu chétif, une tasse de poison peut ne causer qu'une légère indispositiou chez un sujet très résistant. Et alors, comment le juge, en l'absence de tout résultat, pourra-t-il apprécier ces milles circonstances et dire à priori : tel fait est fatalement improductif, tel autre doit nécessairement aboutir ? Il ne peut répondre que par des à

peu près, or ce ne sont pas des probabilités qui justifient la répression, mais des certitudes. Et même, si nous lui supposons ce pouvoir, il n'est pas jusqu'à l'existence de l'objet qui puisse, dans certains cas, donner lieu à d'insolubles difficultés. Voilà une mère qui prétend n'avoir frappé qu'un cadavre : le juge devra vérifier à quel moment précis remonte la mort de l'enfant, car la question de savoir si elle est antérieure ou postérieure aux coups est capitale, il y va de la répression toute entière. Enfin, quand il se sera assuré de l'efficacité des moyens et de l'existence de la victime, le juge ne sera pas encore au bout de sa tâche, il devra acquérir la certitude que la victime était à portée des moyens d'attaque, qu'elle se trouvait, par exemple, sur la trajectoire de la balle, qu'elle ne s'en est pas écartée, car si minime que soit le déplacement, il condamne la tentative au même insuccès que si la victime n'avait jamais existée.

En second lieu, en admettant que le juge ait un pouvoir en quelque sorte surhumain, que toutes ces difficultés disparaissent, une autre cause plus décisive encore vient l'empêcher d'affirmer l'existence d'un rapport de causalité quelconque. C'est l'intention de l'agent qui nous a révélé la nature du crime, c'est d'elle encore que dépend l'existence de ce rapport de

causalité. L'agent possède, en effet, pendant tout le cours de l'exécution, la faculté de modifier le résultat qu'il poursuit ; jusqu'à la consommation du crime, il peut l'aggraver ou y renoncer. La volonté, voilà le facteur le plus important de la réussite, celui qui à tout moment peut rendre les moyens inefficaces, arrêter le cours de l'exécution. Si, de parti pris, vous ne voulez en tenir aucun compte, comment pouvez-vous proclamer la possibilité du résultat ? Quant bien même vous arriveriez à prouver que l'arme était suffisamment chargée, que la victime était bien vivante, qu'elle se trouvait à bonne portée, exactement sur le trajet du projectile, vous n'aurez pas encore démontré l'existence dans ces faits d'un danger objectif. Car la volonté est libre, l'agent, au moment précis où il va presser la détente, peut-être pris de crainte, de remords et jeter son arme : voilà le rapport anéanti, le danger disparu. Jusqu'à la consommation du crime, vous serez donc dans l'incertitude.

Faudra-t-il alors limiter la répression aux cas si rares de crime manqué ? Dans ces hypothèses, en effet, l'agent a accompli tous les actes relevant de son activité propre, il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour réaliser son crime. Pour reprendre notre exemple, il a tiré et la victime est tombée mortellement atteinte ;

quelques minutes encore et l'hémorragie aura fait son œuvre : mais un médecin est appelé à temps et obture la plaie. Ici, comme dans tous les cas de délit manqué, n'aperçoit-on pas l'existence matérielle d'un rapport de causalilé entre les actes accomplis par l'agent et le résultat qu'il poursuivait ? Ce serait déjà restreindre singulièrement le champ de la répression, et cependant, même dans ces hypothèses exceptionnelles, notre raisonnement reste intact. Puisque nous sommes en matière de tentative, il faut bien supposer que la victime a survécu ; les actes accomplis ne contenaient donc pas en puissance le résultat voulu, ils étaient inaptes à le produire jamais. L'assassin aurait dû viser au cœur, par exemple, empêcher l'arrivée du chirurgien, achever sa victime d'un seul coup. Mais, étant donné l'ensemble des circonstances, il était impossible que sa tentative aboutit au résultat visé ; objectivement, jamais la victime n'a été en danger de mort.

Et il ressort clairement de tout ce qui précède, que, pour dégager des faits eux-mêmes un rapport de causalité, il faut attendre le moment où il n'y aura plus aucune possibilité que la volonté de l'agent ni aucune circonstance fortuite ne viennent modifier le résultat normal des actes accomplis. Or, nous le savons, cette certitude n'existera jamais qu'au moment où l'infrac-

tion sera pleinement consommée, c'est-à-dire quand il n'y aura plus tentative.

En résumé, ce prétendu rapport de causalité ne correspond à rien de réel en matière de tentative et ne se peut concevoir qu'en présence d'une infraction consommée. Si vous voulez en faire le critérium de la répression, c'est l'impunité assurée pour tous les actes de tentative. Il ne faut donc pas, pour décider si un acte est punissable ou non, rechercher s'il contient en soi, dans sa matérialité, un danger en puissance, car la tentative n'est pas un ensemble d'actes réellement dangereux parce qu'ils sont susceptibles de *causer* le résultat criminel voulu par l'agent. Objectivement, la partie réalisée de la tentative est sans valeur, ne contient aucun danger matériel, n'empiète sur les droits de personne. L'image de Von Buri est toujours d'une vérité saisissante : « Qu'on s'imagine, dit-il, un voyageur altéré au milieu d'un grand désert, ayant devant lui, à l'horizon, une colline verdoyante surmontée de maisons. Si, malgré tous ses efforts, il ne peut rejoindre que la moitié du chemin et qu'il tombe défaillant et sans secours, il y périra, sans doute parce que la moitié du chemin qui l'a rapproché de l'oasis, n'a pu étancher sa soif à moitié. » (1) Il est donc faux de distinguer la

(1) V. Buri, *Versuch und Causalität (Gerichts-Saal*, B. 32, *Heft* 5, § 367-68).

tentative réalisable de celle qui ne l'est pas, car toute tentative implique en soi non-achèvement, absence de dommage et, par conséquent, absence entre les faits accomplis et le résultat non obtenu de tout rapport matériel de cause à effet. Il est également irrationnel de distinguer les causes et les conditions : mathématiquement tous ces actes ont une importance matérielle identique, tous, l'achat de l'arme comme la pression sur la détente, sont également nécessaires pour arriver au résultat criminel, tous concourrent également à le causer. Objectivement, tous les actes accomplis par l'agent s'équivalent, tous ont une valeur matérielle pratiquement nulle parce qu'elle est inappréciable. Si donc on les poursuit, ce n'est pas à raison du danger qu'ils contiennent, mais de la volonté perverse qu'ils révèlent ; c'est seulement dans la volonté de l'agent que nous pouvons trouver un rapport de causalité et l'atteindre. Il est vrai que le danger grandit à mesure que les actes d'exécution se rapprochent du but réalisé, que le fait de se procurer du poison est moins grave que celui de le verser, mais la raison en est que, le danger résidant dans la volonté, à mesure qu'elle s'affirme plus irrévocable, il devient plus menaçant. C'est elle que l'on frappe à travers les actes et la répression de la

tentative n'est que la répression d'un effort vers le crime, d'une volonté perverse et malfaisante.

La doctrine objective nous apparait donc comme inadmissible, inconciliable avec le véritable fondement de la répression qui a fait des progrès depuis la Loi Salique. Le concept subjectif s'impose donc. Nous pourrions à la rigueur nous en tenir là et tirer seulement les conséquences de cette constatation ; mais le débat est trop grave, il a une répercussion pratique trop considérable pour que nous n'examinions pas à part et avec quelque détail la doctrine subjective.

Doctrine Subjective

Le *trouble social*, disions-nous au début de cette étude, voilà ce qui motive pour toutes les écoles l'intervention de la répression ; mais les opinions se divisent quand il s'agit d'en déterminer la nature exacte. Nous venons de voir qu'il ne consiste pas dans l'existence constatée d'un fait matériel, en soi préjudiciable, ou tout au moins dangereux, pour le droit d'autrui. Quelle

est alors sa source ? On l'a déjà pressenti : elle est dans la cause même de ces actes qui n'en sont que la conséquence, elle est dans *la volonté criminelle* elle-même. On nous disait tout à l'heure : le motif de la répression, c'est le délit ; nous répondons, non : c'est le délinquant.

Certes, nous reconnaissons qu'il ne saurait s'agir de poursuivre la simple intention criminelle, la pensée perverse. C'est un acte purement interne, ne relevant que de la conscience de l'homme ou de la loi divine, mais échappant à toute sanction humaine. Evidemment, une justice idéale devrait atteindre la résolution malfaisante, mais la justice positive ne peut, par la force des choses, avoir un champ d'application aussi étendu ; ses moyens d'investigation sont trop imparfaits, trop grossiers, pour oser pénétrer dans ce monde fermé de l'âme et du cœur de l'homme. Tant qu'elle ne s'est pas manifestée dans des faits tangibles, concrétisée en des actes externes, la volonté criminelle échappe à la justice répressive.

Mais cette première condition remplie, si la loi punit, ce n'est pas à raison de la gravité matérielle et objective de ces actes : elle ne voit en eux que la manifestation d'une résolution criminelle ; à travers ces faits, c'est l'intention perverse et dangereuse qu'elle veut attein-

dre, la criminalité de l'agent révélée et prouvée par des actes extérieurs et non ces faits eux-mêmes. Contrairement aux affirmations de l'école objective, la peine n'a nullement pour but la réparation des atteintes portées aux intérêts privés ; elle tend à la satisfaction d'un intérêt supérieur et plus général, celui de la Collectivité. Or, l'intérêt social peut être gravement atteint en dehors de tout préjudice particulier. Le voleur a été interrompu, l'assassin n'a frappé qu'un cadavre : la Société n'en est pas moins troublée dans le présent, inquiète pour l'avenir. Le trouble social ne résulte pas du dommage individuel, — c'est une goutte d'eau dans la mer ! — mais bien des intentions criminelles. Ce qui compromet la sécurité publique, jette l'alarme au sein du corps social, ce n'est pas le crime lui-même, mais la personne du criminel, la révélation au milieu de la Société de son existence, de ses instincts malfaisants. « Le trouble social, comme on l'a fort bien dit, n'est autre chose qu'un phénomène de conscience publique et générale ; c'est le choc porté par tel acte déterminé à tout cet ensemble de convictions, de sentiments, qui, à un moment donné, constitue la conscience sociale, l'état d'âme d'une Société. » (1) Sous ce heurt, le sentiment

(1) GALLET, *op. cit.*, p. 26.

public se sent atteint, se soulève et réagit contre le criminel, et c'est ainsi qu'on a pu définir la peine une *réaction* de la Société contre celui qui la trouble. (1)

Pour soulever cette réaction, croyez-vous qu'il soit besoin d'un résultat effectif, d'un dommage matériel ? Croyez-vous que la conscience publique restera indifférente parce que l'arme était chargée à blanc ou la poche vide ? Dans tous les cas, la réprobation est la même, le *sentiment du juste* qui se trouve au fond de l'âme humaine, est également froissé, l'opinion générale protestera, sans distinguer si la tentative était réalisable ou non. Et il est un autre sentiment plus intéressé, mais non moins puissant, que de pareils actes atteignent aussi, c'est *celui de l'utile*. Le danger n'a pas existé, c'est possible, vous avez voulu réaliser un em-

---

(1) GAUCKLER : « La peine est l'expression des *réactions* diverses éprouvées par la Société à la suite d'une transgression de la loi, en tant qu'elles aboutissent à certaines mesures appliquées par la Société à l'auteur de la transgression. » (De la peine et de la fonction du droit pénal, dans les Archives de l'anthropologie criminelle, 1893, p. 341 et s.) DURKHEIM définit le crime : « tout acte qui, à un degré quelconque détermine contre son auteur cette réaction caractéristique qu'on nomme la peine. » (De la division du travail social, Paris, 1893).

poisonnement avec des matières inoffensives, votre victime n'a couru aucun danger, soit, cela veut-il dire qu'elle n'en court plus aucun ? Vous vous êtes révélé comme prêt à tout affronter pour vous en défaire, quelle sécurité a-t-elle contre vous ? La Société est-elle rassurée ? Il y aurait moins de danger à laisser impuni le crime passionnel suivi d'effet, que celui où l'assassin a manqué sa victime et n'a pas renoncé à sa vengeance. Et même, si la victime n'existe plus, il y a encore danger pour les autres individus en présence d'un tempérament qui vient de se révéler criminel.

Réprobation de la conscience publique, crainte pour l'avenir, voilà les deux éléments dont se compose le trouble social (1). Ces notions ont une importances capitale pour nous et il importe de les étudier d'un peu près.

La peine n'a plus pour but, comme au temps de la Loi Salique, de réparer le dommage individuel : c'est l'affaire de la loi civile. Le droit pénal n'est pas un droit réparateur, mais un droit répressif ; c'est en cela

(1) Kohler, *Der strafbare Versuch, ins besondere der sogenannte untaugliche Versuch*, § §3 et s. *(dans Studien aus dem Strafrecht)*.

qu'il diffère essentiellement de la loi civile. La méprise capitale commise sur le terrain des principes par la théorie objective, consiste à ne regarder le droit pénal que comme l'auxiliaire du droit civil, destiné à assurer comme lui, avec plus d'énergie, le respect des droits particuliers dont l'exercice est reconnu et protégé. D'où la conclusion : il n'y a pas trouble social en l'absence de trouble individuel, voilà pourquoi l'acte fait en vue du crime, mais impuissant à léser le droit particulier de la victime, est également impuissant à blesser le droit social. Rien n'est plus faux. La loi pénale n'a nullement en vue le mal souffert ou le danger couru par l'individu ; la peine n'a pas pour but la réparation d'un préjudice subi. C'est à la loi civile de tout réparer dans le domaine matériel ou moral. Il ne s'agit ici que d'une atteinte au droit social et pour laquelle on ne conçoit aucune réparation, car on ne saurait parler de valeurs correspondantes. Satisfaire un sentiment de réprobation en châtiant le coupable, calmer de légitimes craintes en retirant de la vie sociale un élément dangereux, en intimidant d'autres volontés perverses prêtes à se manifester, voilà les deux raisons d'être de la peine.

Or, ce qui soulève ces deux sentiments, c'est la formation, l'existence certaine et constatée d'une volonté criminelle.

Il est d'abord évident que c'est à l'intention que va droit le sentiment de réprobation. La faute est un fait interne, elle existe dès qu'un dessein criminel apparait ferme et irrévocable : les faits ne sont qu'accessoires, l'intention est tout. C'est pourquoi, étant donné un même fait, la mort d'un homme, la réprobation variera à l'infini. Si elle est survenue accidentellement, on va souvent jusqu'à plaindre l'auteur malheureux de l'homicide involontaire ; si, au contraire, nous sommes en présence d'un meurtre, le blâme social s'élève, il grandit et atteint son maximum s'il y a eu préméditation, — et encore variera-t-il indéfiniment suivant les motifs, le but de l'agent : passion, vengeance, vol, etc... — Ainsi donc, à mal effectif égal, la réprobation varie suivant l'intensité de la résolution criminelle.

Quant à l'utilité sociale, ce qui jette l'alarme au sein de la Collectivité et fait naître l'inquiétude pour l'avenir, c'est encore l'existence constatée d'une volonté criminelle irrévocable, en révolte avec l'ordre établi et sur laquelle les menaces de la loi n'ont produit aucun effet. La preuve est faite qu'il existe dans la Société une volonté perverse, cause de trouble pour l'avenir ; nous n'avons peut-être pas la certitude absolue qu'elle renouvellera ses manifestations, mais nous avons de justes raisons de le craindre. Et cette crainte et d'au-

tant plus fondée que l'agent n'ayant pas atteint son but, obtenu satisfaction, réitérera ses efforts.

Ainsi donc, à ces deux points de vue, la solution rationnelle est la même ; l'intention seule compte, les faits ne sont pas à proprement parler constitutifs de la criminalité, mais de simples éléments de preuve de la culpabilité. Sans eux, évidemment, il n'y aurait pas de répression parce que la résolution criminelle, soit parce qu'elle ne s'est pas encore extériorisée, soit parce qu'elle n'apparait encore que comme douteuse, ne suscite aucune indignation, aucune alarme, en un mot aucun trouble social. Mais une fois établie et certaine, les faits disparaissent, et c'est l'intention qui apparait comme la cause déterminante de la répression. On voit combien la nature intrinsèque des faits importe peu. Sans doute, le plus souvent c'est la réalisation effective d'un préjudice qui donne ouverture à la répression ; mais il n'en résulte pas qu'entre le crime, trouble social et le dommage, trouble privé, la liaison soit nécessaire et forcée. Car si aucune action n'a de portée civile qu'autant qu'un préjudice en est résulté, tout acte criminel revêt rationnellement une valeur sociale et pénale dès qu'il manifeste d'une façon indubitable la volonté de violer la loi, parce que, cette volonté constatée irré-

vocable, la moralité publique et l'utilité sociale réclament sa répression.

Et la conclusion logique de cette nouvelle conception se devine facilement. Puisque l'acte matériel n'est rien, peu importe qu'il soit efficace ou non, peu importe son aptitude ou son insuffisance intrinsèque à produire l'effet criminel voulu. Les faits ne sont là que pour attester l'intention criminelle, or elle apparait fermement et irrévocablement déterminée, même si l'acte est radicalement impuissant. Qu'elle importance présente pour la Société cette circonstance que les substances versées étaient inoffensives, l'arme déchargée, l'enfant mort-né ? On a surpris l'agent en train d'administrer des substances qu'il croyait nocives ou de viser et d'appuyer sur la détente ; on a surpris cette mère jetant le petit cadavre dans un puits : l'intention criminelle est apparue claire et irrévocable, cela suffit pour que la répression s'exerce. Le trouble social est identiquement le même que si un tiers était intervenu et avait détourné l'arme, par exemple. L'indignation publique est égale dans les deux cas, la Société n'est pas davantage rassurée pour l'avenir. La preuve est faite de la résolution criminelle, l'atteinte à la justice et à l'utilité sociales est réalisée. L'attaque existe, la défense doit suivre. Si aucune individualité déterminée n'a couru de risque matériel, il

n'en est pas de même pour la Société qui est sous le coup d'une menace continuelle. Laisser impunis de tels actes, c'est faire bénéficier le coupable d'un hasard, d'une erreur, de sa part toute involontaire ; c'est immoral et compromettant pour la sécurité publique.

Sans aucune exception, la tentative dite irréalisable doit être incriminée ; autrement dit la question du crime impossible n'existe pas. Le fait, — nous ne saurions trop le répéter, — n'est pas punissable à cause de sa matérialité, du mal qu'il réalise ou du danger effectif qu'il contient en puissance, mais à raison de la volonté coupable qu'il incarne. C'est cette volonté en marche vers le crime, ce *processus ad actum*, comme disaient les glossateurs, qui est menaçant. Ce n'est plus entre les faits entrepris et le résultat cherché que nous trouvons un rapport de causalité, mais entre ce résultat et la volonté elle-même. Le seul danger que l'on peut atteindre n'est donc pas un danger objectif inhérent aux faits, c'est un danger tout subjectif ; peu importe donc, à cet égard, l'efficacité ou l'inefficacité de l'attaque dès que cette volonté nous apparait certaine et indéniable.

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie subjective et la solution qu'elle nous apporte en matière de crime impossible.

Point de vue traditionnel et spiritualiste ; conception nouvelle de l'Ecole positive moderne. — Au point de vue chronologique, la doctrine subjective est bien antérieure au concept objectif qui n'est apparu qu'après coup, comme une survivance des vieilles idées germaniques dont on a fait une construction abstraite et artificielle, partaut radicalement fausse. Pendant tout le siècle dernier, la théorie objective a passé pour l'expression même de la science, pour le seul point de vue rationnel de la répression ; la conception subjective, bien que répondant à des idées plus vraies et plus humaines, n'a été considérée pendant longtemps,— et n'est regardée encore par beaucoup de criminalistes, — que comme un reste des siècles passés, un empiétement suranné du droit canonique confondant le crime avec le péché.

On a reproché surtout à notre théorie d'être purement *spiritualiste*, logique et acceptable pour ceux-là seuls qui croient à la liberté humaine et à l'existence de la volonté. L'attaque a été dirigée en particulier par l'*Ecole anthropologique italienne* (1). Pour elle, en

(1) Pour de plus longs développements sur cette intéressante question : Vᵉ Gallet, *op. cit.*, p. 38 et s., et les nombreuses références qu'il indique en note.

effet, un déterminisme absolu règle toutes nos actions; ce qu'on appelle la volonté n'est que la résultante d'une infinité d'influences sociales et ataviques. On naît criminel, le crime est un phénomène pathologique ; frapper l'intention criminelle, c'est frapper dans le vide, c'est inutile et absurde. Le juge, dès lors, n'a pour mission que de prévenir et l'Ecole lui en donne les moyens en lui indiquant les signes par lesquels se manifestent les tempéraments criminels.

On connait la faillite définitive de l'Ecole Lombrosienne au Congrès de Bruxelles en 1892 (1) ; on sait ce qu'il est advenu de ce fameux type criminel. Et puisqu'il est impossible de déterminer le tempérament criminel à l'aide de signes extérieurs, c'est encore au *fait de volonté* que le déterministe lui-même doit avoir recours. C'est lui qui révèlera l'existence d'un tempérament fatalement dangereux, c'est le signe tangible qui découvrira la criminalité latente de l'individu.

---

(1) Voir les deux rapports suivants : Dr Houzé et L. Warnot : Existe-t-il un type criminel anatomiquement déterminé ? — E. Gauckler : De l'importance respective des éléments sociaux et des éléments anthropologiques dans la détermination de la pénalité. (*Arch. d'Anth. crim.*, t. VII, p. 547 et 523).

Dès que l'agent a montré, fussent par des moyens impropres à l'accomplissement du délit, quels sont ses instincts et ses tendances ; le danger qu'il fait courir à l'ordre social par son tempérament, sa *témibilité* sont affirmés (1). « Le fait, dit Garofalo, n'a d'importance que comme expression de la volonté de l'agent et lorsque ce fait est assez caractéristique pour révéler la volonté précise et irrévocable de commettre un délit déterminé, il n'y a pas de différence à établir entre les divers cas d'impossibilité d'exécution ou d'insuffisance des moyens. Ce qu'il faut rechercher d'abord, c'est si la volonté criminelle a été manifestée d'une manière non douteuse, ensuite si cette volonté criminelle est dangereuse Le choix des moyens peut démontrer le manque d'énergie ou la bêtise de l'agent, comme dans le cas où celui-ci s'imagine qu'il peut empoisonner un homme avec du sucre... Il n'y aurait pas ici de crime, non pas à cause de l'insuffisance de moyen, mais parce que cette insuffisance est une preuve évidente de *l'inaptitude de l'agent*. Ce dernier n'a donc que des velléités de crime, dans le fait il est inoffensif ; la répression

(1) V. Ferri, *Sociologia criminale* (4e ediz.), no 69, p. 703 et ss.

pénale serait donc absurde. Mais le cas est bien différent lorsque l'agent a fait usage du sucre *qu'il croyait être de l'arsenic*, ayant été trompé par le pharmacien auquel il s'est adressé... Il n'en sera pas moins un criminel à cause de son erreur, puisque cette erreur ne prouve pas le moins du monde son inaptitude. L'acte n'est pas dangereux en lui-même ; mais cela n'empêche pas qu'il révèle le danger (1) ».

« Cest ainsi que l'Ecole positive moderne se rencontre avec la théorie spiritualiste des canonistes. C'est l'homme qu'il faut atteindre, c'est lui qu'il faut guérir. Donc, tout acte qui révèle son péché, auraient dit les canonistes, le soumet à l'expiation, tout acte qui révèle sa criminalité pathologique, diraient les modernes, doit le soumettre au traitement pénitentiaire qui doit mettre la Société à l'abri de son action... D'un côté comme de l'autre, on aboutit à la répression de la tentative quelle qu'elle soit, réalisable ou non (2). »

Il faut reconnaître qu'une théorie qui se concilie avec les systèmes les plus opposés est une théorie singuliè-

---

(1) Garofalo, *Criminologie*, p. 338 et ss., (3e partie, chap. II, § IV), 4e édit.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 63.

rement forte. Et cependant, elle a été attaquée de toutes parts.

Conditions d'incrimination de la volonté criminelle. — On nous reproche, tout d'abord, en frappant la simple intention manifestée, d'être trop favorable à la répression ; or, dans la lutte contre le crime, punir n'est pas le seul moyen d'action, la Société a souvent intérêt à pardonner. Le législateur l'a, d'ailleurs, reconnu en accordant l'impunité à l'agent au cas de désistement volontaire. La théorie subjective ne méconnait-elle pas ce principe en frappant la volonté criminelle dès qu'elle est devenue certaine ?

C'est une erreur. La théorie subjective se concilie parfaitement avec le principe de l'absolution du coupable qui renonce spontanément à son crime. Nous avons vu, en effet, que c'est le trouble social causé par la manifestation d'une résolution criminelle qui justifie la répression ; or, ce trouble comporte des degrés très divers. Une fois le crime consommé, le mal est irréparable, le trouble est définitif, rien ne peut l'effacer que la peine qu'il entraîne. Mais au cas de simple tentative, il n'y a encore rien d'irrévocable, aucun dommage matériel n'est réalisé et il est évident que le repentir spontané de l'agent, son arrêt volontaire dans la marche vers le crime, détruira l'impression causée dans la

Société, rachètera un instant d'égarement sans conséquences préjudiciables pour personne. Non seulement l'agent n'encourra pas la réprobation publique, mais il bénéficiera même de cette sympathie qui va à l'homme assez maître de lui pour se repentir et s'arrêter à temps ; il n'inspirera aucune crainte pour l'avenir, puisque, en somme, il s'est révélé incapable de persévérer dans une résolution coupable. Personne, donc, ne songera à le frapper pour une simple intention d'un moment toute passagère (1).

On ajoute que cette répression hâtive de toute résolution criminelle devenue irrévocable est, au premier chef, compromettante pour la sécurité individuelle. Elle ouvre la porte à l'arbitraire du juge, aux poursuites inopportunes, aux condamnations les plus injustifiées. Mieux vaut laisser quelques tentatives irréalisables impunies que de troubler la tranquillité publique par des recherches d'intention vexatoires.

Evidemment, — et nous l'avons posé en principe dès le début, — il ne saurait être question d'atteindre la *nuda cogitatio*, la seule intention criminelle. Ce

(1) V. Kohler, *loc. cit.*, p. 38 et s.

serait, sans doute, de la justice idéale, mais à laquelle, avec nos moyens d'investigation rudimentaires, nous ne saurions prétendre. Et c'est pourquoi nous trouvons la théorie de Von Buri trop radicale, trop abstraite, quoique en principe irréfutable, et nous exigeons, avec Kohler, que cette intention se soit incarnée dans un acte d'exécution. En lui-même, ce fait ne signifie rien, mais c'est l'enveloppe sous laquelle se manifeste la résolution criminelle, la pensée coupable ; c'est cette volonté dangereuse extériorisée ; c'est lui qui soulève l'indignation publique, qui provoque le trouble social. Jusqu'à sa manifestation extérieure, l'intention criminelle restant un fait interne et ignoré, ne cause aucun trouble, ne produit aucune réaction ; mais dès qu'elle s'incarne dans un acte tangible, il en est autrement. Et encore faut-il que ce signe extérieur de la volonté perverse présente certains caractères. Une simple déclaration, une menace, un serment, l'achat d'une arme ou de poison ne pourraient être incriminés, car ils sont impuissants à nous prouver l'existence d'une volonté criminelle certaine et irrévocable ; cette preuve, l'acte d'exécution peut seul nous la fournir. Mais étant donné ce fait, peu nous importe son efficacité ou son impuissance à aboutir au résultat criminel voulu. La garantie pour la liberté, la sauvegarde contre l'arbi-

traire, ne viennent pas en effet de la force physique de cet acte, mais de son caractère public et extérieur, probant et décisif. Ce que nous devons exiger, ce sont des faits matériels, précis, nettement determinés et qui, normalement, sont l'indice d'une volonté criminelle. Et alors, aucune poursuite arbitraire n'est à craindre, la liberté individuelle est sauvegardée ; mais encore une fois, la possibilité ou l'impossibilité du résultat sont des éléments étrangers à la question.

Remarquons-le, c'est du reste aussi la solution de l'Ecole italienne, bien que partant d'un point de vue particulier. Pour elle aussi, il faut une volonté manifestée par un acte d'exécution, car le danger ne se révèle que chez les individus assez violents, assez énergiques pour passer à l'action ; contre ceux-là seuls il est utile de se préserver.

Enfin, nous dit-on, la répression est, dans certains cas, excessive et contraire aux données du bon sens ; et l'on cite cet exemple, devenu vite célèbre en Allemagne et qui symbolise aux yeux des objectivistes la tentative irréalisable : ce paysan de Feuerbach qui se rend dans une chapelle fameuse par ses miracles pour y implorer la mort de son ennemi. Si vous êtes logiques avec vous-même, disent-ils, vous devez poursuivre cet individu qui a manifesté sa volonté criminelle au moyen

d'actes certains et irrévocables dans son esprit ; toutes les conditions exigées par la théorie subjective pour qu'il y ait tentative ne sont-elles pas réunies ? (1)

L'objection n'est qu'apparente. Nous en revenons toujours à notre critérium du trouble social. Or, la pratique de sortilèges ou de maléfices, d'incantations ou de signes cabalistiques, est devenue aujourd'hui un fait indifférent dont on rit mais qui n'émeut personne. Ce sont des actes qui, pour le public, n'ajoutent rien à la volonté interne ; ils prouvent même un esprit plus malade que pervers. Il manque donc ici, pour justifier la répression, cette attaque violente contre l'ordre social ; nous sommes en présence d'un simulacre de tentative, d'une tentative irréalisable de la véritable espèce, pour reprendre l'expression d'un auteur allemand (2). Jusqu'à présent, en effet, nous n'avons pas trouvé de tentative impossible proprement dite, car, dans tous les cas, l'insuccès de l'agent ne provenait que d'une erreur, d'une maladresse ou d'un hasard. Mais

---

(1) BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, p. 296, note 9.

(2) KOHLER, *loc. cit.*, p. 10 et s.

dans le cas de *Todtbeten*, la situation est bien différente. L'agent n'a commis aucune erreur, ni sur l'objet ni sur les moyens. L'acte extérieur qu'il a accompli, parfaitement inoffensif objectivement, était en même temps l'acte qu'il avait résolu d'accomplir. Il y a donc identité parfaite entre l'acte que l'agent avait conçu pour consommer son crime et celui qu'il a véritablement exécuté. Cet acte se trouvant matériellement incapable d'aboutir à l'effet désiré, sa tentative ne peut être considérée comme manifestée par un commencement d'exécution. Ce n'est qu'un pur acte révélatif.

Quel est alors le critérium qui permet de distinguer avec précision la tentative punissable de celle qui ne doit pas l'être ? — Il n'est pas, nous dit M. de Krzymuski (1) dans le caractère objectif de l'acte que l'agent a réellement accompli. Il consiste uniquement dans l'identité de cet acte avec celui que l'agent voulait accomplir, car c'est toujours le caractère de l'acte résolu par l'agent et non celui de l'acte qu'il a réellement exé-

(1) Voir sur ce point l'art. de M. Ed. de Krzymuski, professeur à l'Université de Cracovie : Considérations sur la tentative irréalisable (*Revue critique*, 1897, p. 329 et s.)

cuté qui doit être pris en considération. Pour que la tentative puisse être incriminée, il faut, pour reprendre la formule des objectivistes, mais en sens inverse, qu'il existe un rapport de causalité subjectif entre les moyens et le résultat voulu ; il faut que ces moyens, tels que les a conçus l'agent, soient efficaces, soient aptes à réaliser le but visé.

Cependant, hâtons-nous d'ajouter que, si elle n'a pas le droit d'atteindre ces actes de tentative à proprement parler irréalisable, la Société a le devoir de se méfier. Certes, le plus souvent, ces sortilèges et ces maléfices seront l'œuvre d'un cerveau malade, l'agent ne relève alors que du médecin aliéniste. Mais il peut se faire aussi qu'ils ne soient que le prélude d'autres actes moins inoffensifs ; voyant que les incantations ne produisent aucun effet, l'agent pourra, dans certains cas, avoir recours à des moyens plus efficaces. Devant une résolution criminelle nettement manifestée, la Société doit se tenir sur ses gardes et même, à la rigueur, user des moyens préventifs.

Conclusion : la solution rationnelle. — Nous la connaissons déjà. En matière de répression, c'est l'intention seule qui a de la valeur et qui compte. Sortie de l'état interne et embryonnaire, c'est elle qui trouble l'ordre social, provoque le scandale et soulève l'émo-

tion publique. C'est donc elle qu'il faut atteindre partout et toujours, que l'on envisage l'idée de justice ou celle d'utilité. On revient alors à la loi de justice chère aux spiritualistes, on punit la faute commise, on atteint l'agent dans sa culpabilité interne plutôt que d'après le résultat produit ; on se rencontre aussi avec l'Ecole positive moderne qui veut que le tempérament qui se révèle comme dangereux soit soumis au régime d'intimidation et d'amendement qui permette à la Société de se garer contre les manifestations d'une activité antisociale. Cette solution est la seule qui rallie tous les points de vue, tous les systèmes généraux sur le fondement du droit de punir.

Et puisqu'il en est ainsi, la répression doit intervenir dès que la preuve est acquise d'une volonté malfaisante certaine et irrévocable. Cette preuve, il nous est impossible de l'avoir directement, l'acte d'exécution peut seul nous la fournir.

Objectivement, cet acte d'exécution n'a aucune valeur ; ce n'est pas un élément constitutif de la culpabilité, ce n'est qu'une simple manifestation d'intention et il est inutile qu'il soit autre chose. Du moment qu'il en ressort clairement l'existence d'une volonté criminelle certaine et indubitable, le trouble social existe, la répression est légitime. Pourquoi exiger que cet acte

soit efficace, qu'il possède en soi la puissance d'aboutir au résultat criminel voulu ? Ce qui compte, ce n'est pas l'exécution effectivement commencée, c'est le geste de passer à l'exécution, indépendamment de l'efficacité de l'attaque.

Ainsi, la possibilité du résultat, l'existence dans les faits d'un danger objectif sont des éléments indifférents et sans valeur pénale. La question du crime impossible ne se pose donc pas rationnellement ; il n'y a pas deux sortes de tentative, mais une seule toujours punissable.

Telle est la solution logique du problème. Il nous reste à voir maintenant si celle du législateur est conforme à ces données de la raison et de la science.

DEUXIÈME PARTIE

La Solution de l'Article 2

Historique

La conception d'une théorie générale de la tentative remonte aux Glossateurs. On a vainement essayé de la retrouver dans le droit romain : la controverse est célèbre ; elle est définitivement close aujourd'hui (1) Il ne faut pas trop nous en étonner. Comme tout le Paganisme, Rome a eu un droit fortement matérialiste : l'acte apparent, le fait extérieur compte seul, l'intention n'est rien. Pour que la répression s'exerce, il faut qu'il y ait eu dommage effectif, lésion réelle, d'un droit particulier.

(1) Gallet, *op. cit.*, p. 46 et s.

Cependant, à certaines époques, le législateur sentit la nécessité de réprimer quelques faits, indépendamment de tout résultat (1). Mais il n'agit pas alors en vertu d'un système préconçu, il ne fit qu'obéir aux nécessités de l'heure présente, il se laissa guider par les contingences sociales et politiques.

Le Christianisme, après son triomphe définitif, opéra dans les esprits une transformation complète : le fait matériel perd sa valeur, tandis que la volonté, l'intention prennent une place prépondérante dans les actions humaines. C'est alors que se fait jour une théorie générale de la tentative. Les Glossateurs crurent la trouver, — comme beaucoup d'autres choses, — dans le droit romain. En réalité, ils ne lui empruntèrent que le grand principe d'Ulpien : *Cogitationis pœnam nemo patitur* (2). Mais l'esprit est tout autre, il ne s'agit plus de quelques solutions imposées par les circonstances, mais de l'application d'un principe supérieur : ce qu'ils veulent atteindre surtout, c'est la culpabilité interne de l'agent, sa perversité morale. Leur définition de la ten-

(1) Par exemple, les actes de trahison, de sédition, etc.
(2) L. 18, D. de pœn. XLVIII, 19.

tative est caractéristique : l'auteur du crime tenté *cogitat et agit, sed non perficit*. Il n'y a pas eu de dommage, aucun droit particulier n'a été lésé, puisque l'agent n'a pas abouti ; ce n'est donc pas la réparation de faits, en eux-mêmes indifférents, que l'on poursuit. Il ne saurait être question, non plus, d'incriminer la *nuda cogitatio*, la simple pensée criminelle qui ne relève que de Dieu et de la conscience. *Cogitat et agit :* les Glossateurs exigent donc en plus que cette intention soit révélée, soit manifestée par un acte extérieur. Mais cette condition remplie, peu importe la nature des faits au moyen desquels l'agent a voulu réaliser son dessein criminel, peu importe leur gravité, leur efficacité ou leur impuissance. Le fait n'est pas puni à raison de sa matérialité, du danger effectif qu'il contient ; il vaut par la seule raison qu'il manifeste une résolution criminelle et atteste au dehors la faute subjective de son auteur. Ce qui compte, c'est le passage de la volonté à l'acte, le *processus ad actum* ; c'est, comme on l'a dit très heureusement, le geste en son apparence extérieure et formelle, révélant une résolution capable de se transformer en action et de se soutenir jusqu'au bout. Dès ce moment le scandale existe, l'exemple néfaste a été donné, l'expiation est due. Et puisque c'est l'intention seulement que l'on poursuit, et qu'elle est aussi

coupable que l'agent ait ou non réalisé son dessein criminel, les Glossateurs appliquent à la tentative, quelle qu'elle soit, la même peine qu'au crime consommé.

A côté de cette conception toute subjective, nous rencontrons, avec l'école lombarde, un courant tout-à-fait matérialiste et opposé, d'importation germanique. Pour cette école, qui eut sur le droit statutaire en Italie une influence considérable, la peine n'est autre chose que la réparation du dommage matériel causé : c'est le Vergeld. Les jurisconsultes du Haut-Moyen-Age reconnurent cependant que certains actes, en dehors de tout dommage matériel, portaient du trouble dans la communauté et c'est ainsi qu'ils furent conduits peu à peu à poursuivre la tentative. Mais ils ne font pas intervenir l'idée de responsabilité, l'intention criminelle ne compte pour rien et la composition est due aussi bien par l'auteur d'un homicide involontaire que par le misérable qui a prémédité son crime (1). Seulement, comme en matière de tentative le dommage causé est moins

(1) Conf. Lex Angliorum (X 8) : « qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit, vel occiderit, compositionem legitimam solvat ».

considérable, ils admettent une atténuation dans la pénalité (1).

Nous nous trouvons donc, au début du Moyen-Age, en face de deux conceptions opposées et qui sont comme l'embryon de nos théories modernes. Laquelle des deux l'emportera ?

C'est alors que le droit canonique vient apporter à la théorie spiritualiste un appoint considérable. Pour l'Eglise, la pensée, la résolution perverse joue le rôle capital ; le résultat matériel ne compte pour ainsi dire pas. Celui qui a conçu dans son cœur un projet criminel bien arrêté est aussi coupable que s'il l'avait déjà exécuté. La peine, aux yeux des canonistes, a un double objet : elle sert d'abord à mortifier la conscience, à lui faire expier son péché, à racheter la faute interne ; elle a ensuite pour fonction de réparer le scandale public, le mal moral causé à nos frères par la manifestation de notre péché. Comme pour les romanistes,

---

(1) Le principe d'atténuation se trouve déjà dans l'édit de Botharis (§ 140) : « Si liber ant libera venenum alii ad libendum dederit, et qui accipit, ex ipso veneno mortuus non fuerit, componat qui venenum dederit, medietatem pretii ipsius, ac si eum occidisset ».

l'acte extérieur n'a que la valeur d'une simple preuve rendant tangible la perversité de l'agent, peu importe que le résultat visé soit possible ou irréalisable. Enfin, la tentative est punie, en principe tout au moins, avec la même rigueur que le crime consommé. En fait, il en est autrement, et le droit canonique inflexible sur les principes, se montra plus humain que les glossateurs dans leur application : comme les coutumes germaniques, il admit une atténuation de la peine.

Avec les post-glossateurs et les successeurs de Bartole, ces différentes conceptions se précisent ; cependant, aucune ne paraît devoir encore l'emporter sur l'autre (1). La lutte semble même se terminer par une sorte de transaction, une application à notre matière de la distinction traditionnelle entre les *crimina atrociora* et *non atrociora*.

Pour les crimes atroces, c'est le principe des Glossateurs et du droit canonique qui s'applique. On n'admet, — en général du moins, — aucune atténuation de peine ; en cas de crime de lèse-majesté la simple inten-

---

(1) V. Baumgarten, *op. cit.*, p. 93 ; et Kohler : *Studien aus dem Strafrecht*, (fasc. III) p. 220 et s.

tion criminelle est même punie de mort. Pour les infractions moins graves, au contraire, c'est le principe objectif qui semble l'emporter. En effet, la tentative est punie d'une peine moins forte que le crime consommé ; on gradue même cette peine suivant que l'acte de tentative est plus ou moins proche de l'exécution, *(conatus remotus, conatus proximus)*.

En admettant même que la conception spiritualiste n'ait triomphé qu'en matière de crimes atroces, il n'en serait pas moins établi que c'est elle qui a passé dans notre article 2. Nous verrons, en effet, dans un instant, que le législateur du droit intermédiaire, n'admit la répression de la tentative que pour les crimes les plus graves.

Il faut bien reconnaître cependant, malgré les apparences, que même en ce qui concerne les infrations légères, c'est encore le principe subjectif qui s'applique. Il n'y a pas eu, en effet, une conception spéciale pour chacune de ces deux espèces de crimes. C'est toujours la même qui s'applique ; dans tous les cas, ce qui caractérise la tentative, c'est le processus ad actum, le passage de l'agent à l'acte criminel qui n'est en somme que la manifestation d'un état subjecttf.

Et alors, étant donné ce point de vue, il n'y avait aucune distinction à établir suivant que le résultat

criminel était possible ou irréalisable. Puisque c'est l'effort vers le crime qui est puni, il n'y avait pas lieu de rechercher s'il était ou non condamné d'avance à l'insuccès. Toutes les décisions semblent, d'ailleurs, être en ce sens (1).

La théorie se trouve définitivement construite au XVI^e^ siècle par les jurisconsultes d'Italie, notamment par Farinaccius dont l'influence fut considérable sur nos auteurs coutumiers. Or, il est facile de voir que c'est toujours à la conception subjective des Glossateurs et du droit canonique que se rattachent toutes leurs solutions.

Dans ses Institutes coutumières Loysel déclare que « *En tous méfaits, la volonté est réputée pour le fait.* » (2) L'article 195 de l'Ordonnance de Blois (1579), contient que *la seule machination d'attentat devait être punie de mort, encore que l'effet ne s'en soit ensuivi.* Au XVIII^e^ siècle Muyart de Vouglans écrit : » *Pour les crimes atroces de leur nature, la loi*

---

(1) BAUMGARTEN, *op. cit.*, p. 88 et 89, texte et note 70.

(2) LOYSEL : *Inst. cout.*, liv. IV, tit. I-III (Edit. Dupin et Laboulaye, reg. 791, t. II, p. 164).

veut que l'on considère moins l'évènement que la volonté, c'est-à-dire qu'il suffit d'avoir manifesté cette volonté par quelque acte prochain, pour être puni de même que si on avait entièrement consommé le crime. » (1) Ce même auteur nous dit qu'en matière d'assassinat on punissait la seule intention manifestée, sans attendre que l'exécution ait commencé (2).

Mais c'est encore dans Farinaccius que nous trouverons les solutions les plus décisives et la preuve incontestable du triomple définitif de la conception spiritualiste. Pourquoi attachons nous tant d'importance aux décisions de cet auteur italien ? M. Saleilles l'explique très nettement : « Farinaccius résume en cette matière, nous dit-il, tous les travaux de la glose, des post-glossateurs et des canonistes ; il expose sur chaque question le pour et le contre et propose son opinion personnelle. Son influence doctrinale chez nous a été considérable ; c'est par lui que se sont introduites en France les idées classiques sur la tentative. Il clôt toute une époque, et ferme en quelque sorte l'ère des

(1) MUYART DE VOUGLANS, liv 1, tit. III, chap· 1, § 12, p. 13.
(2) Id. tit. IV, ch. II, p. 520.

investigations scientifiques des romanistes. Après lui les idées sont faites, la doctrine est fixée (1) ».

Comme tous les jurisconsultes italiens, Farinaccius est un ferme partisan du principe germanique d'atténuation. Est-ce à dire qu'il le rattache au concept objectif ? Il n'en est rien, car c'est au contraire le côté moral de l'infraction, la volonté perverse de l'agent qu'il prend en considération.

Pour le meurtre, il déclare qu'une simple manifestation de volonté suffit, car c'est seulement la résolution criminelle que l'on poursuit : « *In delictis non exitus sed voluntas inspicitur* » (2). En matière d'empoisonnement, c'est encore la même théorie. On atteint l'acte préparatoire le plus éloigné, l'achat du poison : « *Affectus in crimine veneni, sicut in homicido etiam non secuto effectu puniatur. Sola emptio malo animo facta sufficit ad imponendam pœnam.* » (3)

Ce système, Farinaccius en défend toutes les conséquences logique, notamment en matière de tentative de

---

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 341.
(2) Farinacc., quœst. 124, n° 22.
(3) Farinac., quœst. 122, n^{os} 14 et 18.

crime impossible. Il suppose que la substance administrée est incapable de produire son effet, soit parce qu'elle est inoffensive, soit parce que la dose est trop faible Nous sommes, remarquons le bien, en présence d'un cas d'impossibilité absolue quant aux moyens ; l'empoisonnement ne peut en aucune façon être consommé ; il ne s'agit pas d'un délit manqué mais d'une tentative impossible bien caractérisée. Faut-il renoncer à poursuivre le coupable ? Nullement. Farinaccius déclare qu'il sera puni, mais d'une peine atténuée : « *Quando venenum aut ratione quantitatis aut qualitatis non erat aptum ad occidendum, non punitiatur pœna mortis, sed alia mitiori* » (1)

C'est qu'ici encore, pour être inefficace. sa tentative n'en démontre pas moins l'existence d'une résolution coupable nettement déterminée : « *Quamvis in hoc crimine non fuerit secutus effectus, dummodo mala cogitatio et malus animus ad aliquem actum exteriorem productus fuerit, adhuc aliqua pœna imponenda est.* » (2)

---

(1) Farinac., quæst. 122, nº 21.
(2) Id., id. nº 23.

A la question 124, n° 64, nous retrouvons presque une espèce solutionnée en 1895 par la Cour de Cassation : celle du vol impossible. Un fripon est surpris sur une place publique au moment où il envoie la main sous le manteau d'un passant pour lui dérober sa bourse. Pour que cet individu soit punissable, Farinaccius n'exige pas que la bourse fût à l'endroit où notre voleur la cherchait ; il ne se préoccupe nullement de l'existence de cet objet. L'agent a fait le geste de voler, cela suffit pour le rendre passible d'une peine.

Tel est, très en raccourci, le système de Farinaccius en matière de tentative et plus particulièrement de crime impossible. C'est à cette source, on s'en souvient, que tous nos criminalistes du XVIII[e] siècle et Jousse à leur tête, ont puissé leurs solutions. Il y a cependant un point sur lequel, semble t-il, ils se sont séparés de leur guide : c'est relativement au principe d'atténuation admis sans réserve par le grand jurisconsulte. Nous connaissons, en effet, la distinction classique établie par nos auteurs entre les crimes énormes et les infractions légères. Ils n'appliquent le système d'identité de la peine qu'aux crimina atrociora, n'abandonnant à l'arbitraire du juge que les peines réservées aux infractions sans gravité. Dans la pratique, d'ailleurs, cette divergence s'atténue au point de disparaître. Même en

matière de crimes atroces, la peine mitigée s'applique jusqu'à une certaine phase de l'exécution au delà de laquelle seulement il y a identité. On peut donc dire qu'à bien peu de chose près, la doctrine est la même.

Voici comment s'exprime Jousse : « *On peut établir comme règle générale,* dit-il, *en matière de crimes, que la simple volonté ou attentat, quoique non suivie d'effet, doit être punie. En effet, quoique j'ai observé ci-devant,* (1) *que l'évènement ou l'effet du crime contribue à rendre l'action plus punissable, néanmoins il est toujours vrai de dire que la noirceur du crime consiste moins dans l'effet que dans le dessein ou la machination, et la volonté qui fait la consommation de la malice et du dol* » (2). Muyart de Vouglans dit : « *En matière de crimes atroces, la loi veut que l'on considère moins l'évènement que la volonté, c'est-à-dire, qu'il suffit d'avoir manifesté cette volonté par quelque acte prochain, pour être puni de même que si*

---

(1) Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, part. I, tit. I, p. 15 (Edit. 1771).

(2) Jousse, *Traité de la Justice criminelle*, part. III, liv. II, t. 25, p. 637-8.

on avait entièrement consommé le crime » (1). Rousseau de la Combe, faisant allusion à l'article 195 de l'Ordonnance de Blois, proclame que cette disposition est *conforme aux lois qui veulent que le dessein de tuer, manifesté par des indices extérieurs, soit punissable comme l'effet* (2).

Et si maintenant nous passons des principes généraux à notre question plus particulière du crime impossible, nous ne trouvons absolument rien dans les écrits de ces criminalistes qui nous autorise à croire qu'ils aient écarté de la répression les délits irréalisables. On peut même dire que pour eux la question n'existe pas. Ce qu'ils poursuivent partout et toujours, c'est la volonté criminelle manifestée au dehors de quelque façon que ce soit, pourvu qu'elle apparaisse claire et irrévocable.

Voilà qui nous explique un passage de Jousse qui pourrait, au premier abord, sembler en contradiction avec ce qui précède : « Pour être punissables, dit il en

---

(1) Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. 1e, tit. III, chap. 1e, § 12, p. 13.

(2) *Traité des matières criminelles*, part. I, chap. 2, sect. VII, dist. VI, § 5.

substance, il faut que les individus qui ont résolu de tuer une personne, aient pris des *mesures propres à faire réussir l'assassinat par eux projeté*...(1) De même, en matière d'empoisonnement, il faudra qu'ils aient fait *quelque chose qui puisse tendre à causer la mort* » (2). Jousse exige-t-il donc que l'assassinat ou l'empoisonnement soient objectivement réalisables? En aucune façon, et une pareille conséquence ne s'accorderait pas avec la conception générale du criminaliste sur la matière. La suite du texte montre bien, en effet, que la signification de ces passages est toute autre. La question qui se pose est de savoir de quelle peine la tentative sera punie, à partir de quel moment doit s'appliquer le principe d'identité. Il ne s'agit de rien autre chose que de préciser l'instant où la volonté de l'agent sera suffisamment certaine et irrévocable pour permettre de lui appliquer la peine entière réservée au crime pleinement consommé. Il faut qu'il ne subsiste aucun doute sur l'existence et la fermeté de la résolution criminelle, et voilà pourquoi des faits quelconques

(1) Jousse, *op. cit*, part. IV, liv. 3, tit. IV, p. 250.
(2) *Id.*, tit. XLIII, t. IV, p. 43.

ne peuvent suffire quand il s'agit d'appliquer une peine aussi grave que la mort par exemple. Jousse exige alors certains faits particuliers, plus probants, plus décisifs, plus rapprochés de la consommation ; il demande que tout soit prêt pour l'exécution du crime, que les assassins se soient, par exemple, embusqués pour surprendre leur victime. C'est toujours la même idée exprimée par ce passage de Mornac : « *Il faut*, dit-il, *pour être réputé meurtrier, qu'il y ait quelque acte prochain qui marque l'intention formelle où l'on était de commettre le crime. L'on entend par acte prochain s'il y a eu quelques coups donnés ou si le fusil a été tiré et a fait faux feu* » (1). On ne se préoccupe donc pas de la réussite virtuelle des actes d'exécution, mais de leur valeur formelle. C'est, en somme, la théorie du commencement d'exécution qui s'élabore, on commence à séparer les actes préparatoires des actes exécutoires, mais sans songer à distinguer s'ils sont efficaces ou impuissants.

Ainsi donc, peu importe pour nos anciens criminalistes la possibilité ou l'impossibilité d'atteindre au

---

(1) MORNAC, sur la L. 7, ad leg. Corn. de sic.

résultat voulu. Le fait n'est pas puni à cause de sa gravité objective, du mal qu'il réalise ou du danger qu'il contient. Une seule chose est nécessaire et suffisante pour que la répression s'exerce, c'est le *processus ad actum*, le passage à l'acte d'une volonté criminelle. Nous nous trouvons en présence d'une théorie subjective au premier chef.

Il y a cependant un principe qui semble, à première vue, se concilier difficilement avec une pareille conception : c'est celui qui fait varier la répression selon les diverses phases de l'exécution. Nous savons, en effet, que la peine devient plus sévère à mesure que l'agent se rapproche davantage du but de ses efforts. Il n'y a assimilation de la tentative au crime consommé qu'en cas de crimes atroces et là encore, nous l'avons dit, le principe n'a qu'un champ d'application très restreint. Ne faut-il pas voir dans ce fait une preuve évidente que l'Ancien droit prenait en considération le caractère objectif et matériel des actes exécutés, leur degré d'avancement effectif vers le résultat criminel ?

Nous ne le pensons pas. Plaçons-nous, par exemple, en face d'un vol consommé. Ce délit est puni de la restitution au double ou au triple qui est plus qu'une peine, car elle contient en outre la réparation d'un préjudice matériel. Mais en matière de tentative, comment parler de

restitution, puisque, par hypothèse, il n'y a pas eu soustraction frauduleuse, il manque un des éléments du délit, l'élément objectif. Il faudra donc, par la force des choses, avoir recours à une peine arbitraire, au besoin même à une peine corporelle, déterminée, non pas d'après le préjudice — qui fait défaut, — mais adéquate à la responsabilité de l'agent, proportionnée à son degré de perversité (1).

En second lieu, il y a pour expliquer cette graduation progressive des peines, un motif d'ordre pratique très puissant qui, certainement, n'avait pas échappé à nos anciens auteurs. Ces derniers, comme le législateur moderne, attachaient une importance considérable au désistement de l'agent, à son retour en arrière qu'ils veulent faciliter le plus possible. Pour parvenir à ce résultat, il fallait rendre de plus en plus redoutable la marche en avant, en élevant la pénalité à mesure qu'on approche de la consommation ; on arrive ainsi à ménager une sorte de retraite au criminel, qui lui permet de se retirer à temps. Il n'y aurait aucun intérêt si, dès le début, on lui appliquait le maximum de la peine.

---

(1) Voir Farinac, quœst. 122, num 14 et 18 ; quœst. 124, num. 8 et 64.

Et puis, l'impression produite par la tentative est peut-être moins forte que celle qui nait du crime consommé. « L'évènement ou l'effet du crime, dit Jousse, contribue aussi à le rendre plus ou moins punissable ; car, quoique la suite ou l'évènement d'une action soit une circonstance indifférente qui ne change pas pour le motif de cette action, néanmoins on y a ordinairement égard dans l'usage de la Société, de sorte que, de deux actions qu'on suppose être du même caractère et produites par un même mouvement, celle qui sera suivie d'un évènement qui trouble davantage l'ordre public, sera autrement considérée dans la police de l'Etat que celle qui le trouble moins ».

Enfin, et voilà peut-être la véritable raison, la raison secrète qui a poussé nos anciens auteurs à abandonner une des conséquences logiques de leur système : « C'est, nous dit encore Jousse, qu'il est quelquefois difficile et même impossible de discerner le mouvement et le principe qui a fait agir le coupable et de savoir s'il y a eu en cela plus d'imprudence ou d'emportement que de dessein prémédité. Ainsi, lorsque l'action et l'événement et les autres circonstances laissent ignorer la disposition et l'intention de celui qui a commis le crime, il serait injuste de supposer que son dessein a été plus criminel que ne le marque l'événement et les circonstances, et

lorsqu'il peut y avoir raison de douter, on présume que cela était plutôt par imprudence que par emportement, et par emportement plutôt que par un vrai dessein ». Il subsiste un doute sur l'intensité et l'irrévocabilité de la volonté criminelle de l'agent, on ignore si, au dernier moment, il ne renoncera pas à son acte. Et c'est pourquoi, aussi, quand il s'est produit un *acte prochain et immédiat du crime*, *des indices extérieurs* attestant d'une façon indéniable l'existence d'une résolution criminelle ferme et certaine, le principe d'assimilation fonctionne, on applique la peine du crime consommé.

Et c'est ainsi que l'atténuation de la peine se transforme en une application logique du système subjectif. — Telle est la conception en face de laquelle va se trouver le législateur du droit intermédiaire.

Le premier soin du législateur de 1791 fut de supprimer l'arbitraire des peines. On devine facilement la conséquence qui découle de ce nouveau principe en matière de tentative : c'est de l'écarter en ce qui concerne les simples délits. En effet, il eut fallu leur appliquer l'identité de répression, contrairement à tous les précédents historiques.

On va donc restreindre la tentative aux crimes atroces, et encore dans la mesure seulement où l'Ancien

Droit appliquait la peine du crime consommé. Mais comme il ne peut être question de laisser au juge la faculté d'incriminer tout acte extérieur manifestant la volonté criminelle, le législateur va nous indiquer quels seront les crimes susceptibles de tentative et quels actes la rendront punissable.

Le Code pénal de 1791 ne prévoit que deux hypothèses de tentative, celles d'assassinat et d'empoisonnement. La loi nouvelle, remarquons-le, ne poursuit ces crimes atroces qu'à partir du moment où l'ancien droit, jugeant la volonté criminelle suffisamment irrévocable, admettait le principe d'assimilation. Voici sa définition de la tentative d'assassinat : l'*attaque à dessein de tuer* (1) ; quant à l'empoisonnement, c'est l'*empoisonnement effectué* (2). c'est-à-dire le fait d'avoir administré à la victime des substances toxiques.

Un pareil système était évidemment insuffisant : il fallait le compléter en donnant de la tentative une définition générale et abstraite, susceptible de s'appliquer à tous les crimes.

---

(1) Code pénal 1791, 2e partie, sect. 1, tit. II, art. 13.
(2) Id. id. art. 15.

La loi du 22 prairial an IV vint remplir ce but : « Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »

Cette définition, c'est celle de Jousse et de tous les criminalistes de l'époque. Il est facile de s'en rendre compte.

Et d'abord, le début de la loi de prairial : « Toute tentative de crime *manifestée par des actes extérieurs...* » ; c'est le *processus ad actum* des glossateurs ; la volonté *manifestée par quelque acte prochain*, de Muyart de Vouglans ; le dessein *manifesté par des indices extérieurs*, de Rousseau de la Combe. C'est donc l'intention que l'on vise, mais l'intention qui s'est traduite au dehors par des signes visibles.

Seulement, comme on n'appliquait que le principe d'assimilation, il était indispensable de marquer le point initial où la tentative serait assimilée au crime consommé. Comme nos anciens auteurs, le législateur moderne ne voulait appliquer l'identité de peine qu'a des actes précis, assez rapprochés de l'exécution pour ne laisser aucun doute sur l'irrévocabilité de la volonté criminelle. Pour notre Ancien Droit, cette irrévocabi-

lité de l'intention commençait avec l'*acte prochain*; notre droit moderne, voulant avant tout écarter l'arbitraire du juge, précise la formule et déclare que pour être punissable, la tentative devra, en outre, être: « *suivie d'un commencement d'exécution.* »

Le point initial de la tentative sera donc, dans tous les cas, le commencement d'exécution qui correspond à l'acte prochain de nos anciens criminalistes; comme lui, il marque le moment où la volonté est censée devenue irrévocable, il marque une phase de la subjectivité de l'acte.

Et puisqu'il en est ainsi, peu importe la valeur objective de cet acte. Il ne s'agit donc pas d'une exécution réélle et effective. Le législateur n'a en vue qu'un procédé particulier pour fixer un degré dans la marche de l'intention criminelle. Le rapport de Pastoret nous éclaire d'ailleurs sur ce point: « Le devoir du châtiment et de la répression existe, dit-il, dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat. » (1) Quoique exa-

(1) V. PASTORET, Rapport reproduit dans la *Revue de Liszt*, en note de l'étude de E. EISENMANN sur la tentative *(Die grenzen des strafbaren Versuchs.* (Z. F. D. G. Str. W. 1893, p. 517).

gérée, l'affirmation de Pastoret au Conseil des Cinq-Cents nous indique d'une façon bien claire la pensée du législateur.

L'expression *commencement d'exécutiou*, employée par la loi de l'an IV, ne vise donc pas la possibilité effective du crime, mais la manifestation d'une volonté criminelle devenue irrévocable. C'est l'élément de forme de la tentative, tandis que la volonté en est l'élément de fond.

Cette définition a passé dans l'article 2 du Code de 1810 avec son sens traditionnel. C'est toujours une théorie subjective de la tentative que le Code pénal consacre. Pour lui aussi la question d'efficacité des moyens d'exécution ne se pose pas ; il ne s'agit pas d'une condition de réalisation du crime, mais d'une indication de l'acte initial de la tentative.

La mention des actes extérieurs a été supprimée lors de la révision de 1832, parce qu'elle contenait un pléonasme et faisait double emploi avec la mention des actes d'exécution. Mais cette modification de détail ne change en rien l'esprit du texte.

Cette conception est toujours celle de notre Ancien Droit, c'est-à-dire la conception subjective dans toute sa pureté.

Telle est la solution que nous fournit l'Histoire ; il nous reste à la confirmer par l'étude doctrinale de l'article 2.

Étude doctrinale de l'article 2

« *Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.* »

Malgré l'esprit très net qui a inspiré le législateur, les partisans du système objectif ont cru trouver, dans les termes mêmes de cet article, la preuve irréfutable que la possibilité du résultat était une condition essentielle, un élément constitutif de la tentative punissable. Ils ont même invoqué à l'appui de leur démonstration un autre texte du Code pénal, l'article 301, qui viendrait, selon eux, confirmer leur opinion d'une manière péremptoire.

Et d'abord, disent-ils, il est bien évident qu'en parlant de commencement d'exécution, le législateur a entendu que les actes de tentative soient aptes à aboutir au résultat voulu par l'agent, qu'il y ait possibilité d'exécution. En effet, l'exécution partielle suppose une exécution qui aurait pu être totale ; pour que l'exécution soit commencée, il faut déjà qu'on soit rapproché du résultat ; or, lorsqu'on met en œuvre des moyens qui sont destinés à ne jamais réussir, on ne s'est pas rapproché du but, on n'a rien commencé du tout.

Avec son talent habituel, Rossi développe l'argument qui, désormais, va prendre l'autorité d'un dogme pour l'Ecole classique. « Puisque la tentative, dit-il, est un *commencement* d'exécution, il ne saurait y avoir tentative lorsqu'on se propose de faire l'impossible, ou lorsqu'on se propose de faire ce qui est possible par des moyens *absolument* hors de proportion avec le but. S'il n'y a pas folie, il peut y avoir perversité morale accompagnée d'ignorance ou d'erreur ; mais on ne peut commencer que ce qui est possible ; car l'idée de *commencement* suppose la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée des moyens ». Et il conclut par cette métaphore très jolie mais bien vide de sens : « L'enfant qui puisait dans la mer avec un gobelet, commençait-il à exécuter l'épuisement de

l'Océan ? Etait-ce là une tentative pour mettre à sec le globe terrestre ? Mais représentez-vous des hommes faisant quelque chose de pareil autour d'une citerne, et vous concevez immédiatement la tentative de dessèchement. Placez cette citerne dans un désert, et vous pouvez y voir la tentative d'un grand crime » (1). Plus loin il ajoute qu'on n'exécute ni pour le tout ni pour partie un assassinat si la victime est déjà morte, un avortement s'il n'y a pas grossesse, un infanticide si l'enfant est mort-né, un empoisonnement si l'on verse du nitre à la place de mercure. Comment parler d'attaque à un droit, lorsqu'il n'existe aucun droit attaquable ? Comment exécuter ce fragment du délit qu'est la tentative, si le délit fait défaut ?

Voilà l'argument qui s'impose à nos auteurs avec la force d'un syllogisme.

Certes ! ils sont unanimes pour reconnaître que dans beaucoup de cas la répression de la tentative irréalisable serait à souhaiter, qu'il y a une injustice flagrante et un danger réel à laisser de tels actes impunis. Mais comment faire en présence d'un texte aussi formel que

---

(1) Rossi : *Traité de Droit pénal*, t. II, p. 152.

l'article 2 ? Pour sortir de cet impasse il n'y a qu'un moyen héroïque : ériger en délits spéciaux les principaux cas de crime impossible. Mais en attendant cette addition au Code pénal, ils se déclarent paralysés, impuissants à agir. L'inconvénient est d'autant plus considérable que la Doctrine française refuse, — très logiquement d'ailleurs, nous l'avons vu, — d'admettre aucune distinction entre plusieurs impossibilités.

On s'explique difficilement qu'un pareil raisonnement ait pu recevoir chez nous un accueil aussi exceptionnel : sans doute, le grand nom de Rossi a du le couvrir de son autorité et nos criminalistes n'ont même pas songé à en mesurer toute la faiblesse et toute la puérilité.

Nous avons déjà vu, en faisant l'historique de notre article 2, quel était le sens exact, la portée, que le législateur attachait à l'expression : commencement d'exécution ; nous savons qu'il n'a jamais entendu par là une exécution infaillible, des actes virtuellement efficaces. Comme nos anciens jurisconsultes, il ne s'est pas préoccupé de la possibilité ou de l'impossibilité du résultat : le commencement d'exécution est pour lui ce que l'acte prochain était à leurs yeux : le criterium d'une volonté criminelle irrévocable et dangereuse.

On n'exécute pas pour partie ce qui est totalement impossible ; un enfant ne commence pas à épuiser

l'Océan avec un gobelet : n'est-ce pas se payer de mots ? On connait la réponse de Von Buri. Parler d'exécution partielle, en matière de tentative, est un non sens. Tant que l'exécution n'est pas achevée, que le crime n'est pas consommé, il n'y a que des actes qui ne valent que par l'intention qui leur donne leur caractère et leur physionomie. Le voyageur qui tombe épuisé au milieu du chemin qui le mène à l'oasis n'a pas étanché sa soif en proportion de la route parcourue (1).

Et puis, si l'on s'en tient à cette façon étroite de raisonner qui consiste à s'attacher aux mots sans vouloir en pénétrer le véritable esprit, nous pouvons opposer au mauvais syllogisme de Rossi un autre syllogisme que nous empruntons à M. Saleilles. L'exécution, au sens juridique du mot, n'est que la mise en

---

(1) Il est curieux de noter que c'est en s'appuyant sur notre article 2 que Mittermaier est allé le plus loin dans la voie de la répression : « Une législation comme le Code pénal français, dit-il, qui fait dépendre la tentative du commencement d'exécution, doit considérer comme tentative punissable le seul fait de passer à l'exécution, en dehors de toute question relative à l'efficacité des moyens ».

MITTERMAIER : *Ueber den n. Z. der Cr. in D.* (t. IV, p. 104 et 105).

œuvre des moyens destinés à aboutir au résultat criminel en vue ; elle n'implique donc pas nécessairement la possibilité du résultat : la consommation seule la suppose. On ne peut donc pas affirmer que l'exécution partielle, comme celle qui est achevée, implique efficacité des moyens ; même en ce qui touche l'exécution totale, au point de vue juridique, on n'a pas à s'en occuper.

Mais, sans avoir recours à ces arguties sans grande portée, nous trouvons dans le texte lui-même la preuve que la loi n'a jamais songé à mettre à part la tentative irréalisable. Elle prévoit, en effet, le cas où le résultat vient à manquer par suite d'un évènement étranger à la volonté de l'agent. C'est un accident que personne ne prévoyait, une petite cause cachée qui fait échouer l'exécution qu'elle condamnait par avance. Et par exemple, la victime qui prévoyait l'agression s'est revêtue d'un tissu imperforable qui doit fatalement arrêter la lame du poignard. L'impossibilité existe donc au moment où l'assassin porte le coup : nos adversaires iront-ils dire que ce n'est pas un commencement d'exécution ? Evidemment non, car cela n'aurait pas le sens commun.

C'est un délit tenté, dira-t-on. Mais vous reconnaissez alors que dans presque tous les cas le délit manqué n'est pas autre chose qu'un délit impossible.

Nous l'avons montré, les hypothèses où la distinction existe sont extrêmement rares. Il faut supposer l'intervention après coup d'un élément étranger : l'arrivée d'un médecin, par exemple, qui administre un contre-poison ou dont l'art, en dépit de tout, sauve le blessé.

Mais personne ne peut admettre que le législateur ait voulu restreindre le crime manqué aux cas exceptionnels où l'inexécution ne provient pas d'une impossibilité initiale, mais uniquement d'une intervention postérieure qui vient paralyser l'effet d'une préparation efficace.

En assimilant d'une façon complète la tentative inachevée et le délit manqué, la loi a donc prévu le délit impossible qu'elle caractérise également par le commencement d'exécution. La question d'impossibilité, d'après la lettre même du texte, n'a donc rien à voir avec le commencement d'exécution, ces deux idées sont absolument indépendantes. Le législateur a voulu seulement séparer les actes préparatoires de ceux d'exécution, marquer le point où la tentative devient punissable et qualifier l'acte par ses caractères apparents sans s'occuper de sa valeur intrinsèque objective.

La question qui se pose alors est de savoir quelle part exacte le législateur a entendu faire au délit impossible.

On serait tout d'abord tenté de croire qu'il n'a eu en vu que l'impossibilité accidentelle. C'est, en effet, celle qui se présente dans tous les cas de délit manqué. L'impossibilité, quoique initiale, provient d'une erreur ou d'une maladresse de l'agent commise dès le début de l'exécution. Telle est l'interprétation donnée à l'article 2 par la Cour de Cassation, — nous allons le voir tout à l'heure, — et que toute la doctrine française est unanime pour repousser.

Ou bien, faut-il, avec cette dernière, faire une sous-distinction parmi ces impossibilités accidentelles ? Nous en connaissons la valeur logique. L'Ecole classique arrive ainsi à séparer radicalement le cas où le meurtrier tire dans une pièce d'où la victime vient de sortir et celui où sa balle mal dirigée manque son but qui cependant été à portée. Cela revient, au fond, à proclamer qu'il y a des degrés dans l'impossibilité ; dans le deuxième cas l impossibilité serait plus relative que dans le premier. Mais ce sont là des chinoiseries, — le mot n'est pas de nous, — auxquelles nous sommes en droit d'opposer le reproche que cette même Ecole adresse à la Cour de Cassation : il est absurde de distinguer plusieurs sortes d'impossibilités , l'impossibilité existe ou n'existe pas, il n'y a pas de demi-impossibilité.

On a essayé une distinction entre le vice d'exécution

et l'impossibilité d'exécution. Il y aurait impossibilité quand les moyens employés par l'agent sont en eux-mêmes insuffisants pour atteindre le but criminel qu'il se propose ; le vice d'exécution suppose, au contraire, des moyens parfaitement suffisants pour réaliser le délit, seulement ils sont mal employés, l'adaptation est défectueuse, Dans le premier cas, il y a crime impossible, échappant aux prévisions du législateur ; dans le deuxième cas, il y a délit manqué visé expressément par l'article 2.

Mais alors, c'est dire qu'il y a délit manqué dans notre première hypothèse. En effet, au moment où l'assassin épaule son arme, la victime se trouve dans la pièce où il vise ; mais voilà que, juste à la seconde où il presse la détente, elle passe dans la pièce voisine. Les éléments pris en eux-mêmes, au moment où commence l'exécution, sont dans un rapport qui la rend possible ; ce rapport a varié au moment décisif par l'effet du hasard, il y a vice et non impossibilité d'exécution.

Ainsi donc, tous les cas d'impossibilité dite relative rentrent dans le délit manqué, car toutes les fois que c'est un accident concomitant à l'exécution qui rend le crime impossible, on peut dire que l'impossibilité ne dérive pas des éléments constitutifs de l'exécution pris

en eux-mêmes, mais toujours d'un défaut d'adaptation entre ces éléments.

Et puisque dans tous ces cas la loi voit une tentative punissable, c'est donc que le législateur n'a pas attaché aux mots : commencement d'exécution, le sens étroit que nos adversaires veulent lui donner.

Aurait-il voulu, au moins, établir une distinction entre l'impossibilité radicale et l'impossibilité relative, ou faire une différence entre le vice d'exécution et l'impossibilité proprement dite ? Nous savons ce que valent logiquement de pareilles subtilités. Mais la raison de texte nous manque aussi. *Lex non distinguit* : pour établir une semblable distinction en matière pénale, il faudrait un texte analogue à celui du Code civil qui sépare les vices de l'absence de consentement, or, ce texte fait défaut.

Enfin, nous trouvons dans l'article 2 un fait encore plus décisif que toutes ces querelles de mots : c'est l'assimilation dans la pénalité de la tentative et du crime consommé. Or, la gravité matérielle d'un danger couru ne saurait jamais égaler la gravité matérielle d'un dommage réalisé. C'est donc la preuve que la tentative n'est pas apparue aux yeux de la loi comme punissable à raison de sa matérialité objective. Elle n'envisage qu'une chose, l'intention criminelle devenue

irrévocable et qui est la même que le résultat voulu soit ou non atteint. C'est cette volonté que le législateur a voulu frapper, parce que, seule, il la considère comme dangereuse et qu'au point de vue social le dommage, toujours individuel, ne compte pour rien. Ce n'est pas l'acte réellement accompli qui a de la valeur à ses yeux, mais celui que l'agent avait résolu d'accomplir.

Les objectivistes ont vu dans cette dernière proposition une hérésie contre les principes fondamentaux du droit pénal. Nous allons rapidement démontrer qu'il n'en est rien (1).

Supposons un homicide involontaire. Une infirmière trompée par une étiquette mal mise, verse de l'arsenic à un malade, croyant lui servir une potion calmante ; ce dernier meurt empoisonné.

C'est l'hypothèse inverse de celle de la tentative irréalisable. L'agent avait en vue un tout autre résultat, c'est par suite d'une erreur, — que nous supposons invincible dans notre espèce, — que ses actes ont entraîné la mort de la victime.

---

(1) Cette démonstration a été déjà faite par M. Krzymuski qui voit en elle l'argument le plus décisif en faveur de notre interprétation de l'article 2.

Voir Krzymuski, *op. cit.*, p. 323 et s.

Quels principes va-t-on appliquer ? L'article 319 nous répond implicitement que cet acte ne saurait être imputable à l'agent, puisqu'il n'y a eu de sa part ni maladresse, ni imprudence, etc.. Sur quoi se fonde cette règle universellement adoptée ? Objectivement cet acte est nuisible, il est tout aussi dommageable qu'un empoisonnement froidement prémédité. Si le législateur s'en tenait aux faits réellement accomplis, rien ne s'opposerait à ce que leur auteur soit condamné. Ce n'est donc pas cet acte qu'il envisage, mais celui que l'agent voulait accomplir. Il admet comme une règle générale que si une personne a, par suite d'une erreur de fait excusable, commis, au lieu de l'acte inoffensif qu'il avait résolu, un autre acte qui entraîne un effet prohibé par la loi, cette circonstance suffisait à écarter la répression : il n'apprécie la faute que d'après la nature de l'acte que l'agent avait résolu d'exécuter. Or, en l'espèce, cet acte étant parfaitement légal, on ne rend pas l'auteur responsable de son fait réel.

Notre interprétation de l'article 2 n'est pas autre chose que l'application de ce principe. La tentative irréalisable présente, comme nous le disions tout à l'heure, un rapport analogue inverse. Ici, comme dans notre hypothèse, l'agent a commis une erreur de fait et, dans les deux cas, il ne faut envisager que la nature

de cette erreur pour condamner ou absoudre l'agent. Est-elle ou non invincible, c'est-à-dire peut-on l'attribuer ou non à la *volonté* de l'agent ? Là est toute la question.

Si l'erreur a été reconnue entièrement indépendante de sa volonté, il faudra le déclarer innocent au cas d'homicide involontaire et coupable s'il s'agit d'une tentative irréalisable ; son erreur a-t-elle été jugée non invincible, sa culpabilité ira grandissante dans le premier cas et diminuera dans la seconde espèce.

Loin d'être en contradiction avec les principes classiques du droit pénal, notre solution de l'article 2 vient au contraire les confirmer.

Enfin, il y a un dernier argument que la Doctrine invoque à l'appui de son système : c'est l'article 301. Ce texte est décisif, nous dit-on. En effet, il définit l'empoisonnement : « tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui *peuvent donner la mort* ». En d'autres termes, si les substances employées ne sont pas toxiques, ne sont pas efficaces, il n'y a pas empoisonnement. Et comme l'élément matériel constitutif de la consommation du crime doit se retrouver également dans la tentative, on en conclue logiquement que la tentative d'empoisonnement exige également

l'emploi de substances mortelles. Si donc l'agent, par suite de son inexpérience ou d'une erreur, n'a présenté à sa victime qu'une substance inoffensive, en un mot s'il y a crime impossible, cette tentative n'est pas punissable.

Or, l'article 301 n'est qu'une application à une espèce particulière du principe de l'article 2 : il en résulte d'une manière irréfutable que le législateur a écarté toute incrimination de tentative irréalisable.

Le raisonnement peut paraître très serré et très convaincant à première vue : en réalité il ne signifie rien. L'article 301 est étranger à la question : il vise le crime consommé. Le législateur a voulu fixer à quel moment l'empoisonnement serait réputé consommé ; ce moment, il pouvait l'avancer ou le reculer à son gré, mais, pour déclarer le crime accompli, il devait évidemment exiger l'emploi d'un véritable poison.

On ajoute, il est vrai, que les éléments matériels constitutifs de la consommation doivent se retrouver dans la tentative. C'est exact, mais la difficulté est justement de savoir dans quelle mesure et de quelle façon. Cela veut-il dire que ces éléments doivent déjà exister réellement, effectivement, avec toute leur efficacité au début de l'exécution ? Evidemment non. La consommation exige une exécution réelle, c'est logique,

mais est-on autorisé à en déduire que la tentative de ce même crime exige nécessairement aussi le commencement d'une exécution réelle, capable d'aboutir ? Rien ne permet une pareille affirmation. La formule que l'on nous oppose signifie seulement que l'ensemble des faits accomplis par l'agent doit permettre de reconnaître la nature du crime tenté. Il faudra, par exemple, au cas de tentative d'empoisonnement, que l'agent ait présenté à la victime ou mis à sa disposition une substance qu'il croyait dangereuse, mais ce geste accompli, peu importe la qualité ou l'efficacité de cete substance.

L'article 301 ne touche pas la question, il la suppose résolue ; sa solution est donc toujours soumise à l'article 2.

Nous allons même plus loin et prétendons que l'article 301 contiendrait plutôt un préjugé en faveur de notre thèse.

En effet, qu'entend le Code par l'expression : « substances qui peuvent donner la mort » ? La question ne se poserait évidemment pas, si, comme la plupart des législations étrangères, l'article 301 déclarait l'empoisonnement consommé par la mort de la victime. Mais nous savons que tout autre est le système français, pour lequel l'administration du poison suffit, abstraction faite de tout résultat. On est alors en droit de se

demander si le législateur a entendu que les substances employées soient effectivement et actuellement toxiques.

Nons disons qu'il y a de fortes raisons d'en douter, et voici pourquoi. Il existe au Code un article tout voisin, l'article 317, qui prévoit le cas où l'agent aurait « occasionné à autrui une maladie ou incapacité de travail personnel, en lui administrant volontairement de quelque manière que ce soit, des substances qui, *sans être de nature à donner la mort*, sont nuisibles à la santé ». On est tout de suite frappé du lien qui existe entre ces deux textes. Le législateur a envisagé deux situations bien distinctes, qu'il sépare nettement en délimitant le champ d'application de chacune d'elles. En nous parlant de substances susceptibles de donner la mort, il veut définir le procédé d'action de l'agent, dans le cas d'un empoisonnement, différencier cet empoisonnement d'une incrimination qui s'en rapproche beaucoup ; il nous donne un critérium qui permet d'écarter toute confusion entre ces deux hypothèses. D'une part, si la substance est capable d'entraîner la mort, c'est l'article 301 qui s'applique ; et si, d'autre part, elle ne peut jamais que nuire à la santé, c'est l'article 317 qui régit la situation. Mais qui dit substances toxiques ne dit pas par cela même substances

mortelles. La différence est considérable. Et je suppose, par exemple, que l'agent ait administré à sa victime un véritable poison ; seulement, il s'est trompé sur la quantité, la dose est insuffisante pour déterminer la mort ; ou bien la drogue est ancienne, éventée, elle a perdu ses qualités nocives. Allez-vous dire qu'il n'y a pas empoisonnement parce qu'objectivement la substance ne contenait pas en puissance la mort de la victime ? Vous ne le pouvez pas, ce serait aller contre les termes mêmes de l'article 301. C'est ainsi que nous voyons la Doctrine obligée d'accepter des solutions en contradiction complète avec le principe qu'elle proclame, notamment au cas d'empoisonnement par petites doses de substance toxique. Elle doit convenir qu'il y a empoisonnement consommé bien avant la présentation du dernier paquet de sublimé corrosif qui déterminera la mort. Et cependant, toutes les doses antérieures ne contiennent pas en elles-mêmes et objectivement la puissance de donner la mort et, par suite, un danger effectif pour la victime, puisque, sans la dernière dose que l'agent peut toujours renoncer à administrer, leur impuissance est certaine.

Il en résulte que l'empoisonnement, même légalement consommé n'a pas pour élément constitutif l'efficacité, la puissance actuelle de la substance toxique

employée, mais sa capacité virtuelle, sa puissance mortifère. En admettant même, ainsi que le veut la doctrine, que l'élément matériel du crime doive se retrouver intégralement dans la tentative, il suffira, pour la déclarer punissable, de constater la présentation d'une substance susceptible le cas échéant, — employée, par exemple, en dose suffisante, — d'être mortelle.

Ainsi donc, l'article 301 serait plutôt favorable à un système subjectif, puisque dès que la substance est mortifère, il suffira que l'agent ait cru à l'existence d'une quantité suffisante.

Cette façon de voir est d'ailleurs confirmée d'une manière décisive par le rapport de Monseignat au Corps législatif (1) : « L'empoisonnement, disait il, est plus dangereux dans ses moyens, par la multiplicité des combinaisons meurtrières que l'homme a inventées ou qu'il a dérobées à la nature, par la facilité de le préparer, de consommer l'attentat et de cacher la trace de son auteur. Aussi l'empoisonneur est toujours présumé avoir voulu donner la mort, alors même que le défaut

(1) Locré, t. XXX, p. 501.

de quantité ou de qualité des substances délétères, la force du tempéramment, les secours de l'art ou d'autres circonstances étrangères au coupable ont sauvé l'objet de son crime. »

Mais encore une fois, nous ne voulons pas faire entrer l'article 301 dans le débat. Il s'occupe de l'empoisonnement consommé et ne tranche nullement une question de tentative qui demeure toute entière soumise à l'article 2 dont on connait le sens.

Comment la jurisprudence l'a-t-elle interprêté : c'est ce qu'il nous faut examiner maintenant.

Interprétation de la Jurisprudence.

Orientation nouvelle.

Jusqu'en 1849, la jurisprudence n'avait pas eu à se prononcer d'une façon décisive sur la question du crime impossible Nous ne trouvons guère, pendant les premiers temps qui suivirent l'apparition du Code pénal, que des arrêts ayant trait à l'empoisonnement ou à l'avortement.

En matière d'empoisonnement, elle repoussait toute incrimination dans les cas où les substances administrées s'étaient trouvées inoffensives, soit dès le début, soit par suite d'évènements postérieurs, comme le mélange de la préparation à une autre substance qui en neutralise l'effet. C'est ainsi que dans un arrêt de 1814 rapporté par Blanche (1), il est dit : « Attendu qu'il est constant, que la dose d'oxyde rouge de mercure etc..., versé dans le café, ayant perdu par ce mélange, de son activité et force, n'était plus une substance qui aurait pu donner la mort et que, par suite, X. n'est plus convaincu d'attentat à la vie de sa femme dans le sens de l'art 301 du Code pénal ». Le pourvoi du ministère public est rejeté : « Attendu qu'il résulte de la déclaration de la Cour. . que les substances que l'accusé s'était procurées pour commettre l'empoisonnement étaient, par l'effet de leur mélange avec d'autres substances, incapables de donner la mort, d'où il suit qu'en prononçant l'acquittement de l'accusé, la Cour n'a formellement contrevenu ni à l'article 301, ni à l'article 2 du Code pénal ».

---

(1) Blanche, Code pénal, t. IV, p. 738.

En ce qui concerne l'avortement, la jurisprudence déclarait qu'il ne saurait y avoir tentative punissable dans les manœuvres abortives pratiquées sur une femme qui en réalité n'est pas enceinte « Attendu, dit la Cour de Cassation (1), que d'après l'esprit et les termes de l'article 317, la grossesse de la femme sur laquelle le crime est commis est une condition constitutive de ce crime .. qu'il peut se faire que des manœuvres coupables, semblables à celles que prévoit l'article 317, soient opérées sur une femme ayant l'apparence d'une femme enceinte, alors qu'en réalité il n'existe pas de grossesse et que par suite il n'y a pas d'avortement possible ; que là où se rencontre une impossibilité matérielle à la perpétration du crime même, se rencontre une impossibilité de même nature pour l'existence en fait et la qualification en droit de la tentative ».

Ces solutions sont intéressantes ; cependant, il faut reconnaître que les arrêts s'appuient surtout sur les articles 301 et 317, dont ils interprètent les termes au sens le plus littéral. En somme, ce sont des décisions

(1) 6 janv. 1859, P. 59-862, S. 59-1-362.

spéciales à ces matières et non des interprétations générales de l'article 2.

Mais, vers 1850, les espèces se présentent devant les Cours d'Appel.

Voici comment la question se pose pour la première fois en 1849.

Deux individus, le père et le fils, vivaient en mauvaise intelligence. Au cours d'une violente discussion, le père saisit un fusil qu'il avait chargé très peu de temps auparavant, il s'assure qu'il est prêt à fonctionner, l'épaule et, ajustant son fils, presse les deux détentes. Mais ce dernier avait eu l'heureuse inspiration de décharger l'arme ; de sorte que le meurtre était radicalement impossible quant au moyen employé. — L'affaire vint devant la Chambre des mises en accusation. La Cour d'Agen, contrairement aux conclusions du ministère public qui requérait un arrêt de non-lieu, renvoya le coupable devant les Assises de Lot-et-Garonne pour « tentative d'homicide volontaire, manifestée par un commencement d'exécution et n'ayant manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur » (1).

---

(1) Agen, 8 décembre 1849 (S. 53, II, 66).

A peu près vers la même époque, en 1852, la Cour de Montpellier donnait une solution tout opposée dans une espèce où l'on se trouvait en présence, — dira-t-on plus tard, — d'une impossibilité relative. Il s'agissait d'un individu qui avait tiré dans une chambre sur une personne qui s'y tenait habituellement ; il se trouva qu'à ce moment même elle en était absente. Voici les considérants de l'arrêt : « La Cour, attendu que le commencement d'exécution, condition essentielle et nécessaire de toute tentative criminelle, implique la possibilité d'atteindre le but à l'aide du moyen employé pour réaliser le crime ; qu'il ne saurait, dès lors, y avoir commencement d'exécution, ni, par conséquent, tentative légale d'un crime d'assassinat, si l'agent et la victime supposée se trouvent placés dans de telles conditions que la consommation du crime soit actuellement impossible ; qu'il est de principe que la tentative, vaine par l'impossibilité du moyen et du but, ne peut constituer la tentative légale d'aucun crime et d'aucun délit ; considérant que si de tels actes supposent une perversité plus ou moins profonde de leurs auteurs, il y a lieu de reconnaître que, dans l'état actuel de la législation, ils ne sont point du ressort de la justice humaine ; considérant que les coups de fusil tirés dans la chambre de la famille X, ne pouvaient atteindre ni X ni sa

fille, puisque l'un et l'autre étaient en ce moment hors de la chambre et absents même de la maison, qu'ainsi, quelle que soit la criminalité de la pensée qui a inspiré ces actes, on ne saurait trouver en eux le commencement d'exécution d'un crime dont la consommation était matériellement impossible » (1). C'est en somme un résumé très fidèle de la doctrine classique.

Malheureusement, ces solutions manifestement contradictoires ne furent pas frappées de pourvoi et la Cour de Cassation n'eut pas à en vérifier l'exactitude.

Ce n'est qu'en 1876 et 1877 qu'elle entre en scène et, par deux arrêts célèbres, semble poser le principe de la distinction entre deux sortes d'impossibilité.

Dans la première de ces deux espèces, il s'agissait de l'effraction d'un tronc vide. La Cour de Paris avait condamné le voleur. Le pourvoi fut rejeté « attendu que, nous dit la Cour Suprême, la circonstance dont il s'agit était en dehors de la volonté de l'agent et qu'il n'y avait pas impossibilité *absolue* d'atteindre le but que celui-ci s'était proposé à son entrée dans l'église, but qui, d'après ses aveux, était le vol » (2). L'arrêt semble

(1) Montpellier, 26 février 1852. (S. 52, 2. 464).

(2) Cass., 4 novembre 1876. D. 78. 1, 33 ; S. 77, 1, 48.

donc se placer, pour apprécier l'impossibilité, au moment de la préparation du crime au lieu de les prendre tels qu'ils se présentent lors du commencement d'exécution. C'est le critérium de Mittermaier.

Même solution dans une espèce analogue à celle soumise déjà à la Cour de Montpellier. La Chambre des mises en accusation de Chambéry se trouvait en présence d'une femme qui avait tiré un coup de pistolet sur un individu : mais ce dernier venait de passer au même moment dans la pièce voisine. S'en tenant à la théorie classique, elle s'était refusée à voir là une tentative au sens légal du mot « Attendu en droit, disait-elle, qu'il ne suffit pas que de la part de l'agent tout ce qui était nécessaire à la perpétration du crime ait été consommé, qu'il est de plus nécessaire au point de vue de l'objet du crime qu'il y ait eu possibilité de le commettre non seulement d'une facon absolue, mais encore par la corrélation entre les moyens employés et l'objet lui-même » (1). Pourvoi du Procureur général : la Cour suprême casse l'arrêt. « Attendu, en effet, que c'est par une cause *toute fortuite* que O ne se trouvait plus dans

(1) Chambéry, 20 janvier 1877.

sa chambre au moment où le coup de pistolet qui lui était destiné a été tiré ; que la Vᵛᵉ X supposait et devait supposer qu'il était couché, puisque telle était son habitude ; que dès lors *il n'y avait pas une impossibilité absolue à ce que le crime qu'elle se proposait de commettre put être consommé* ; que si O n'a pas été atteint c'est par une circonstance *extraordinaire* dont l'agent ne saurait bénéficier ; qu'il résulte donc des constatations de fait que la Vᵉ X a commis volontairement une tentative d'homicide » (1).

Vers la même époque, la Cour de cassation affirmait, implicitement il est vrai, la même doctrine en matière de corruption de fonctionnaire. Un jeune Arabe avait soustrait un cheval. Le père du voleur offrit au juge de paix d'Aumale chargé de l'information, une certaine somme d'argent, afin d'obtenir de ce magistrat la cessation des poursuites. Mais à ce moment la procédure avait été transmise au ministère public et se trouvait déjà entre les mains du juge d'instruction. Le juge de paix semblait donc complètement déssaisi et, par suite, la tentative de corruption se trouvait sans objet, le

(1) Cass., 12 avril 1877. S. 77, 1, 329 ; D. 77, 1, 33.

délit était irréalisable. Cependant, la Cour de cassation rejetant le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'Alger, déclara que la condamnation prononcée contre le corrupteur était justifiée; voici pour quelles raisons: Le juge d'instruction n'avait, en effet, encore exercé aucun acte de son ministère ; son opinion ne pouvait donc pas être éclairée sur le vol imputé au prévenu. L'arrêt mentionne avec un soin particulier toutes les circonstances propres à établir que le magistrat cantonnal pouvait encore exercer une influence décisive sur la solution du procès et sur l'obtention de l'ordonnance de non-lieu sollicitée ; qu'il pouvait encore être appelé à exécuter des commissions rogatoires ou à fournir des renseignements sur la prévention, Il ressortait donc clairement des termes de l'arrêt que, si la tentative de corruption s'était produite à une époque où le juge de paix s'était trouvé dans l'impossibilité absolue de s'acquitter de l'acte qu'on essayait de lui acheter, cette tentative n'aurait pas été punissable (1).

Il est à présumer que les exposés de Ortolan et de Haus dans leurs cours de droit pénal ont eu sur les

---

(1) Cass., 2 avril 1875. D. 75, 1, 489 ; S. 76, 1, 185.

arrêts de 1876 et de 1877 une influence considérable. La Cour de Cassation, devant des nécessités pratiques indiscutables, adoptait un système qui lui permettait de les solutionner d'une façon relativement satisfaisante.

On connait les attaques dont ces arrêts furent l'objet de la part de la doctrine ; nos criminalistes accusèrent la jurisprudence de consacrer une théorie fausse et contradictoire.

Ces reproches étaient-ils justifiés ? On a essayé de le nier. Un auteur (1), — qui est du reste partisan convaincu du système subjectif, — s'est efforcé de démontrer que le critérium de la Cour de Cassation n'est pas celui qu'on lui attribue généralement et que ses décisions sont pleinement conformes à l'esprit de l'article 2.

Malgré toute l'autorité que nous attachons aux opinions de M. Saleilles, nous ne saurions adopter cette manière de voir. Il nous parait difficile, après avoir lu ces deux arrêts, de ne pas y retrouver la fameuse distinction des deux impossibilités. En effet, il y est dit expressément que si la tentative tombe sous le coup de

---

(1) M. Saleilles, *op, cit.*, p. 326 et s.

la loi, c'est parce que, en l'espèce, on ne se trouve pas en présence d'une *impossibilité absolue* d'aboutir.

Certes, nous ne critiquons pas les solutions données par la Cour suprême aux espèces qui lui étaient soumises ; nous lui reprochons seulement de s'être servie pour les justifier d'une théorie étrangère à l'article 2 et qui, dans d'autres hypothèses, fermerait la voie à la répression. En réalité, la jurisprudence s'est trouvée en face d'espèces où la répression s'imposait avec une force invincible. Il s'agissait de la justifier juridiquement, malgré une doctrine unanime qui proclamait, qu'en l'état de la législation actuelle, la tentative impossible, quelle qu'en soit la nature, devait échapper à toute incrimination C'est alors que la Cour de Cassation, pour résoudre la difficulté, a cherché un biais dans la distinction de Haus et de Ortolan, qu'elle a essayé d'adapter le mieux possible à l'article 2.

Mais elle-même a compris l'insuffisance d'un pareil système ; ainsi que nous le faisions remarquer à propos de l'arrêt de 1876, elle se place au moment de la préparation du vol pour en apprécier la possibilité. Cela ne signifie pas, ainsi que semble le croire M. Saleilles, que dans ces deux décisions la Cour de Cassation ait adopté le critérium de Mittermaier et encore moins ce-

lui de Liszt. En effet, il reconnait lui-même que dans certaines hypothèses où ces auteurs déclarent la répression justifiée, la jurisprudence écarterait toute incrimination : par exemple au cas de substitution d'une matière inoffensive ou poison préparé par l'agent.

En somme, la conclusion que l'on peut tirer de cette étude des arrêts de 1876 et 1877. c'est que la jurisprudence a méconnu le véritable esprit de la loi. Par une sorte de pusillanimité, dans la crainte peut-être de se voir entraîner trop loin dans la voie de la répression, elle n'a pas osé proclamer le véritable principe de l'article 2 ; elle a pris un détour pour arriver à des solutions qui découlaient directement de la loi.

La Cour de Cassation semble cependant avoir donné à sa jurisprudence une orientation nouvelle. Dans un arrêt du 4 janvier 1895, nous ne retrouvons plus trace de la distinction entre deux sortes d'impossibilité.

L'espèce est à peu près semblable à celle de l'arrêt de 1876. Il s'agit d'un voleur qui avait introduit la main dans la poche d'un passant ; mais, à ce moment-là, cette poche était vide ; on se trouvait donc en présence d'un délit impossible. La Cour de Paris saisie de l'affai re, acquitta le pickpocket en basant son arrêt sur ce fait qu'il n'y avait pas commencement d'exécution

et que, d'autre part, il n'y a pas lieu de distinguer entre deux catégories d'impossibilité. (1)

Cette décision fit grand bruit, les journaux s'alarmèrent ; la question était à l'ordre du jour lorsque la Cour suprême, sur pourvoi du Procureur général, cassa l'arrêt. « Attendu, nous dit-elle, qu'aux termes des articles 2 et 3 du Code pénal, les tentatives de délits sont, dans tous les cas, déterminées par une disposition spéciale de la loi, considérées comme délits lorsqu'elles se manifestent par un commencement d'exécution et qu'elles ne manquent leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de leurs auteurs ; attendu que les actes que l'arrêt constate avoir été accomplis par les prévenus avec l'intention et dans le but de commettre un vol, constituent le commencement d'exécution prévu par lesdits articles ; que le fait énoncé par l'arrêt que la poche par eux fouillée était vide n'a été qu'une des circonstances indépendantes de leur volonté, par suite desquelles leur tentative a manqué son effet ; qu'il suit de là qu'en se refusant, en

(1) Paris 19 octobre 1894 : *Gaz. Pal.* 1894, II, p. 600 ; D. 96, t. 21.

l'état des faits constatés, à appliquer aux prévenus les articles 2, 3 et 401 du Code pénal, l'arrêt attaqué a méconnu et violé les dispositions de ces articles » (1).

L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'Orléans qui se rangea au même avis pour des motifs identiques (2).

La solution n'est pas nouvelle, puisque la Cour de cassation l'avait déjà admise en 1876 à propos de l'effraction d'un tronc vide. Mais ce qui est important pour nous, ce sont les considérants de l'arrêt : ils sont nouveaux et diffèrent absolument de ceux qui motivent les précédentes décisions. En 1876 et 1877, la Cour de cassation admettait la solution parce que, disait-elle, l'impossibilité n'était qu'accidentelle ; qu'il n'y avait aucune impossibilité absolue au succès du crime entrepris, laissant entendre qu'au cas contraire c'était l'impunité pour l'agent. Mais dans l'arrêt de 1895, il n'est pas dit un mot qui puisse faire supposer que les juges établissent une distinction quelconque entre deux sortes d'impossibilité : il n'est fait aucune allusion à l'efficacité ou à l'impuissance de l'attaque, la question ne se

---

(1) Cass. cr., 4 janvier 1895 : S. 95, 1, 108 ; D. 96, 1, 21.
(2) Orléans, 19 février 1895 : S. 95, 2, 85 ; D. 96, 2, 10.

pose même pas à leur esprit. Les agents avaient l'intention de commettre un vol, ils l'ont manifestée par des actes extérieurs, cela suffit pour constituer le commencement d'exécution prévu par l'article 2. L'exécution était impossible : peu importe ; elle n'a manqué son effet qu'à la suite d'une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, la répression est acquise.

Il paraît donc bien vraisemblable que la Cour de cassation est revenue à l'interprétation traditionnelle de la loi et qu'elle a entendu se débarrasser désormais de toutes ces subtilités qui ne servaient qu'à obscurcir un texte très simple et très clair. Toute tentative manifestée par un acte ayant le caractère d'un commencement d'exécution sera punissable, qu'en soi elle soit réalisable ou non, et si elle ne l'est pas, peu importe d'où vienne et comment se traduise l'impossibilité qui l'affecte. Avec une pareille formule tous les crimes impossibles doivent tomber sans exception sous le coup de la répression.

Est-ce à dire que la jurisprudence ira logiquement jusqu'aux dernières conséquences du système ? L'article 2 lui en offre le moyen ; mais il est impossible de répondre si elle en usera partout et toujours. Aura-t-elle les mêmes audaces que la jurisprudence allemande qui étend la répression à toutes les hypothèses, même à

celles où l'impossibilité tient à l'inexistence totale de l'objet, à l'impuissance absolue des moyens ? Tout dépendra des circonstances, des nécessités sociales du moment.

La jurisprudence, en effet, n'est jamais l'esclave d'un système, En contact continuel avec les faits de la vie réelle, elle doit leur donner une adaptation juridique qui varie avec les exigences de l'heure présente Seulement, il est indispensable qu'elle possède un principe directeur imposé par la loi. Ce principe, elle semble enfin l'avoir trouvé : c'est l'esprit même qui a inspiré l'articte 2, c'est la conception subjective.

Dans ces conditions, il serait inutile et dangereux de toucher à la législation actuelle et de prévoir, comme l'ont demandé plusieurs auteurs (1), certaines catégories des crimes impossibles punissables. Juridiquement cette prétendue réforme constituerait un non sens, puisque le législateur n'a voulu faire aucune distinction

---

(1) VILLEY : *Du délit impossible (France judiciaire* 1877-8, t. 2, p. 185 et s. et p. 191-4) ; CHAMPCOMMUNAL : *Etude critique de leg. comp. sur la tent. (Rev. critiq.* 1895, p. 94 et s. et p. 98 et s.) ; GARRAUD : *Traité* (t. 1 n° 182, note 33, p. 300).

entre la tentative ordinaire et la tentative dite irréalisable et qu'il les déclare toutes deux également passibles de la répression. Pratiquement elle serait inutile, puisque la jurisprudence ne s'est pas laissée arrêter par les protestations de la doctrine et qu'elle poursuit le délit impossible dans tous les cas où nos auteurs proclament la nécessité de l'atteindre. Non seulement il n'y aurait aucun profit à introduire dans notre Code pénal un cadre rigide groupant d'une façon forcément arbitraire et artificielle différentes sortes d'impossibilités, mais de plus, l'inconvénient serait considérable. On ferait naître d'innombrables difficultés, d'interminables controverses de détails qui généraient l'action des tribunaux.

La jurisprudence est dans la bonne voie, pourquoi barrer la route au progrès sous prétexte de fixer l'état de la science ?

Nous possédons un texte admirablement rédigé qui peut donner lieu aux plus riches développements d'idées et se concilier avec toutes les nécessités de la répression sociale : nous serions impardonnables d'y changer la moindre chose. Le Code pénal allemand s'en est visiblement inspiré pour sa définition de la tentative ; mais comme dans beaucoup d'autres matières, nos voisins d'outre-Rhin ont mieux utilisé que nous ce

qu'ils avaient pris à l'esprit français ; nous allons voir dans un instant tout ce que la jurisprudence allemande a su tirer d'un pareil texte et jusqu'où il lui a permis d'étendre la répression. Le jour où notre jurisprudence sentira le besoin d'aller plus loin, le texte actuel ne risque donc pas de lui faire obstacle.

La Commission de révision du Code pénal français l'a fort bien compris, car elle n'a rien changé à la définition de la tentative. Nous ne saurions trop l'en applaudir, puisque toute modification de texte aurait déterminé un recul inévitable dans la marche de la jurisprudence (1).

---

(1) Conf. art. 83 du projet. Le nouveau texte propose une réforme importante en ce qui touche la pénalité, mais il ne modifie en rien la définition de la tentative (V. *Bulletin de la Société générale des Prisons*, 1893, p. 203).

APPENDICE

Les solutions des Législations étrangères et en particulier de la Législation allemande

Notre étude serait incomplète si nous ne passions pas en revue, — même très superficiellement, — les solutions données au problème du crime impossible par les législations des différents Pays.

Ce rapide examen nous permettra de constater la faveur croissante avec laquelle la solution subjective est accueillie partout. Même dans les pays où la solution classique est encore dominante, notre conception gagne tous les jours du terrain. Sous la pression des nécessités sociales, la jurisprudence en fait des applications souvent timides, parfois très audacieuses comme en

Allemagne. Certes, les législations qui la consacrent expressément sont encore rares, mais il est à prévoir que leur nombre ira sans cesse grandissant, puisque les projets législatifs actuellement en préparation incriminent à peu près tous le délit impossible.

Législation allemande. — Cette étude offre pour nous un intérêt considérable. En effet, l'article 43 du Code pénal allemand n'est guère que la reproduction de notre article 2. — Comment la jurisprudence l'a-t-elle interprété ?

Voici le texte avec la traduction :

§ 43. Str. G. B. : « Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigt Verbrechen oder Vergehen, nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen ».

Art. 43 : « Sera punissable comme tentative, le fait de celui qui, par des actes de nature à constituer un commencement d'exécution, aura manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit sans que l'exécution en ait été définitivement consommée ».

On est immédiatement frappé par la ressemblance qu'offre cette définition avec celle de la loi de prairial an IV ; l'article 2 se sert d'expressions qui, pour différer quelque peu, n'en sont pas moins équivalentes.

Jusqu'en 1880, nous ne trouvons que des décisions

contradictoires émanant des Cours et Tribunaux des différents petits Etats de l'Allemagne (1). Comme la doctrine, la jurisprudence restait flottante et indécise (2).

Mais en 1880, elle s'oriente définitivement. C'est à cette époque qu'intervient une sentence du Tribunal Supérieur de l'Empire qui devait produire une si vive impression parmi les jurisconsultes. Une femme était accusée d'infanticide : croyant son enfant en vie, elle lui avait porté des coups destinés à le tuer. Mais une autopsie pratiquée sur le petit cadavre établit d'une façon péremptoire que l'enfant était mort-né. C'était un cas d'impossibilité absolue, radicale, pour défaut d'objet ; une tentative irréalisable au premier chef. *Ab initio,* le crime était condamné à un échec certain, puisque à aucun moment, ni dans la préparation, ni

---

(1) Les principales sont indiquées dans OLSHAUSEN : *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* (§ 43, nos 19-23, p. 154 et s.).

(2) V. sur l'historique de la doctrine en Allemagne, M. DE KRZYMUSKI, *op. cit.*, p. 320 et s.. Il soutient notamment, — ce qu'peut étonner, — que c'est la doctrine subjective qui a toujours rallié l'adhésion de la majorité des auteurs. FEUERBACH lui-même ne l'aurait abandonnée que dans la 4e édit. de son célèbre Cours de droit pénal.

dans l'exécution, la victime n'avait couru de danger. Les actes accomplis, pour reprendre la formule des objectivistes, n'étaient pas en rapport de cause à effet avec le résultat visé par l'agent, jamais ils ne l'avaient contenu en puissance. Notre Cour de Cassation en présence d'une espèce semblable, aurait certainement déclaré que la tentative n'était pas punissable, le crime ayant toujours été condamné par avance à ne pas réussir. Le Tribunal Supérieur de l'Empire, cependant, admit sans hésitation la solution contraire. Il crut avec raison concilier ainsi la solution rationnelle et les exigences sociales de la répression, tout en interprétant l'article 43 dans son véritable esprit : « Une action n'est jamais la cause d'un effet qui n'a pas eu lieu, dit la sentence ; chaque moyen qui n'a pas pu produire l'effet qu'on en attendait a été, par là, démontré insuffisant pour la réalisation du projet. On peut dire, d'une manière générale, qu'il n'y a pas de moyens absolument insuffisants dans tous les cas, de même qu'il n'y en a pas d'absolument suffisants... Or, toutes les fois qu'un projet a manqué, la faute en est à l'agent, lequel n'a pas prévu la circonstance qui en a empêché l'accomplissement. A quoi bon distinguer alors les circonstances sur lesquelles l'agent s'est trompé, voir, par exemple, si l'obstacle existait dès le commencement ou s'il est

survenu pendant l'action, si l'agent n'a pas bien calculé ses forces, s'il n'a pas examiné quant à l'espèce et à la qualité, le moyen dont il s'est servi, s'il n'a pas su choisir l'instrument le plus apte, ni l'employer de la manière la plus sûre ! » (1).

On reconnait, sans trop de peine, l'influence évidente de Von Buri sur la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême : en l'absence de tout résultat positif, il est absurde de parler de rapport objectif de causalité entre le résultat et les moyens employés par l'agent.

Cette sentence causa une émotion considérable non seulement en Allemagne, mais encore en Italie (2) où les criminalistes les plus en vue se livrèrent à des commentaires variés et surtout à de longues réfutations de la nouvelle théorie jurisprudentielle.

C'est en France, il faut l'avouer, qu'elle fit le moins

---

(1) V. Reichs-Gericht, *Entscheidung der vereinigten Strafsenate*, 24 mai 1880 et R. G. 10 juin 1880 (E. 1, p. 439, 451)-Jg. *Rivist. pen.*, t. xiv, p. 202 ; Cf Liszt, *Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie* (Zeitschrift, f. d. ges., Str. W., 1881, p. 103).

(2) V. principalement une étude de Geyer, publiée dans la *Rivista pen.*, 1881, et Tuozzi Pasquale : *Corso di dritto pen.*, t. 1, p. 187, et les nombreuses citations.

de bruit, et pourtant c'est nous qu'elle intéressait le plus. On est même étonné de constater que nos auteurs ne lui aient accordé qu'une attention superficielle, au point que certains ont déclaré que la décision du Tribunal Supérieur de l'Empire ne faisait que reproduire notre jurisprudence.

Beaucoup crurent qu'il ne s'agissait que d'une solution isolée, mais ils durent bientôt reconnaître qu'ils se trouvaient en face d'une jurisprudence définitivement établie. En effet, peu d'années après la sentence de 1880, d'autres décisions analogues intervinrent (1). En 1883, une femme était accusée d'avoir eu recours à des manœuvres abortives : bien qu'il fut établi qu'en réalité cette femme n'était pas enceinte, les juges allemands passèrent outre et déclarèrent qu'il y avait tentative d'avortement punissable. Il va de soi, par *a fortiori*, que la tentative tombe encore sous le coup de la répression si l'avortement n'échoue que par suite d'une insuffisance dans la quantité de la substance abortive absorbée (2).

---

(1) 30 mars 1883 (8.198) ; 1er juin 1883 (8.351) ; 27 février 1888 (17.258).

(2) V. RÜDORFF, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich mit Kommentar*, p. 153 ; OLSHAUSEN, *op. cit.*, t. 1, p. 169 ; OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch...*, p. 98.

Cette évolution de la jurisprudence allemande est pleine d'enseignements pour nous. La situation était identique à la nôtre : on se trouvait en présence des mêmes obstacles et des mêmes difficultés.

Les partisans de la doctrine classique soulevèrent les mêmes objections qu'en France. Comme nos auteurs, ils soutenaient que le commencement d'exécution impliquait en soi possibilité d'aboutir. Ce prétendu syllogisme leur semblait péremptoire. Il n'a pas arrêté cependant les juges d'Outre-Rhin. Plus hardi que notre Cour de Cassation, le Tribunal Supérieur de l'Empire n'a pas cherché de détours ni de distinctions subtiles pour incriminer des actes qu'il jugeait nécessaire d'atteindre. L'article 43 lui en donnait le droit. Comme le texte français, cet article était inspiré par une conception toute subjective. Ce qui domine, c'est l'idée d'une manifestation de volonté ; ce qui constitue la tentative, c'est le *processus ad actum*, le passage de cette résolution à l'accomplissement de l'acte criminel. Les Motifs du Code pénal sont d'ailleurs en ce sens (1).

Il serait intéressant d'insister plus longuement sur

---

(1) Olshausen, *loc. cit.*, 43, n° 19 (Edit. 1892, p. 154).

cette évolution de la jurisprudence allemande. Mais une étude plus approfondie sortirait du cadre de notre travail Le peu que nous en avons dit suffit pour démontrer que la voie est ouverte à notre jurisprudence ; elle a semblé d'ailleurs, en 1895, s'y être engagée hardiment (1).

LÉGISLATIONS ADOPTANT EXPRESSEMENT LE SYSTÈME OBJECTIF. — Ce sont encore les plus nombreuses :

Autriche — Le § 8 du Code pénal autrichien semble bien consacrer nettement le système classique : « La tentative d'une action criminelle, nous dit cet article, constitue déjà un crime du moment que l'auteur a entrepris avec intention un acte *menant à l'exécution véritable...* ». Malgré ce texte formel, bon nombre d'auteurs délaissent la lettre de la loi pour se rallier à la solution rationnelle (2).

Italie. — Le Code pénal italien met, dans la définition de la tentative, l'existence de moyens idoines, comme condition essentielle de punibilité.

---

(1) Cette étude a été faite magistralement par M. SALEILLES, *op. cit.*. Son remarquable article n'a d'autre but que de démontrer par l'exemple de l'Allemagne que notre jurisprudence peut et doit arriver à réprimer le crime impossible sans aucune distinction.

(2) V. KRZYMUSKI, *op. cit.*, p. 391 et s.

Grèce. — (Art. 52).

Cantons Suisses des Grisons (§ 27) et de *Schwyz* (§ 36).

LÉGISLATIONS ADOPTANT EXPRESSEMENT LE SYSTÈME SUBJECTIF :

Norvège (cap. III, §§ 1-5).

Cantons Suisses d'Argovie (§ 24) ; de *Saint-Gall* (art. 29-30) ; d'*Obwalden* (art. 18) ; de *Lucerne* (§ 33) ; de *Schaffouse* (§ 48).

Canada (Code pen. 1893).

Projets législatifs consacrant le système subjectif

Angleterre. — Un premier projet de codification, celui de Sir Stephen, admettait franchement la doctrine classique. « N'est pas punissable, portait ce premier projet, la tentative qui se manifeste par des actes de tous points impuissants à consommer le délit (1) ».

---

(1) Section 33, art. 49, § 3. Cf STEPHEN, *A digest...*, p. 39, n° 9.

Plusieurs juges s'inspirèrent de ce système dans leurs sentences. C'est ainsi que l'on vit acquitter un pickpocket qui avait plongé la main dans la poche d'une personne, parce que le gousset était vide ; un individu qui avait tiré sur sa victime un coup de fusil ne fut pas poursuivi, parce que l'arme était en mauvais état et impropre à donner la mort. Ces décisions choquèrent au plus haut point le bon sens britannique ; elles parurent un encouragement au crime et provoquèrent une violente émotion. C'est pourquoi, quelques années plus tard, le nouveau projet de la Commission royale admit la solution inverse : « Quiconque croyant qu'un certain état de fait existe, commet ou omet une action dont l'accomplissement ou l'omission serait considéré comme tentative si cet état de fait existait, se rend coupable de cette tentative, quoique par suite de l'existence de cet état de fait au moment du délit, il ait été impossible de commettre ce dernier de la manière projetée » (1). Plusieurs sentences sont déjà intervenues en ce sens, qui ont rassuré l'opinion publique (2).

---

(1) *Report of the royal commission appointed to consider the law relating to indictable offense* (London, 1879, sect. 74, p. 19).

(2) CHAMPCOMMUNAL, *op. cit.*, p. 96 et s. ; *la législation pén. comparée*, t. 1, p. 651.

Suisse. — Dans l'avant-projet du Code pénal suisse, la tentative irréalisable avait été volontairement passée sous silence et on avait entendu l'exclure (1).

Dans la seconde rédaction publiée en appendice au tome VI des mélanges de l'Union internationale de droit pénal, le nouvel article 17 prévoit et punit toute tentative de crime impossible sans distinction ni réserve. On laisse seulement au juge un très large pouvoir d'atténuation.

Espagne. — Le projet de Code pénal espagnol porte que la tentative est punissable «. . lorsque le coupable, dans l'intention de commettre le délit, exécute tous les actes nécessaires, selon lui, pour le perpétrer et que ces actes ne produisent pas l'effet qu'il en attendait, parce qu'en eux-mêmes, ils n'étaient pas de nature à le produire (2) ».

Vu : *Le Président de la Thèse*, Ph. BONNECARRÈRE.

Vu : *Le Doyen*,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur
Président du Conseil de l'Université,
BELIN.

11 Juin 1907.

---

(1) Stooss : *Exposé des motifs*, art. 15, p. 27.
(2) Champcommunal, *op. cit.*, p. 98.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Les solutions rationnelles 5

Doctrine objective ou classique 7

Distinction entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative 18

Système de la doctrine française 25

Système de Mittermaier 31

Système de Liszt 38

Critique générale de la doctrine objective 42

Théorie subjective 53

Point de vue ancien et traditionnel ; Conception nouvelle de l'Ecole positive 63

Conditions d'incrimination de la volonté criminelle 67

Conclusion : la solution rationnelle 73

DEUXIÈME PARTIE

La solution de l'article 2 du Code pénal

Historique : le crime impossible dans notre ancien Droit..... 77

Etude doctrinale de l'article 2..... 101

Interprétation de la jurisprudence ; Orientation nouvelle 119

APPENDICE : Les solutions des législations étrangères et en particulier de la législation allemande..... 137

Législation allemande 138

Législations adoptant expressément le système objectif. 144

Législations adoptant expressément le système subjectif 145

Projets législatifs consacrant le système subjectif..... 145